

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE L'IMMUTABILITÉ
DES
CONVENTIONS MATRIMONIALES
EN DROIT COUTUMIER

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 20 juin 1910, à 1 heure 1/2

PAR

Georges THUILLIER

Président : M. CHÉNON.

*Suffragants : { MM. LEFEBVRE, } professeurs.
 PIÉDELIEVRE, }*

PARIS

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 43

1910

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE L'IMMUTABILITÉ

DES

CONVENTIONS MATRIMONIALES

EN DROIT COUTUMIER

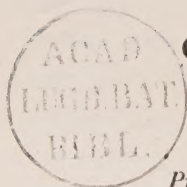
THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le lundi 20 Juin 1910, à 1 heure 1/2.

PAR

Georges THUILLIER



Président : M. CHÉNON.

*Suffragants : { MM. LEFEBVRE, } professeurs.
 PIÉDELIÈVRE, }*

PARIS

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE L'IMMUTABILITÉ
DES
CONVENTIONS MATRIMONIALES
EN DROIT COUTUMIER

INTRODUCTION

« Toutes contre-lettres, faites au préjudice de ce qui a
« été convenu et accordé par le contrat de mariage, sont
« nulles, même à l'égard de ceux qui ont signé les contre-
« lettres et ne peuvent les conjoints, durant le mariage, y
« déroger par un acte de quelque qualité que ce soit,
« même en la présence et par l'avis de tous les parents
« qui ont assisté au contrat de mariage, réformer le
« douaire ni la communauté, ni changer, augmenter ou di-
« minuer, en quelque manière que ce soit, les autres con-
« ventions portées par le contrat de mariage ; supposé
« même que la réformation soit faite pour réduire les con-
« ventions au droit commun de la coutume ; et s'il n'y a
« aucun contrat par écrit, lors des épousailles, celui que
« les conjoints font depuis est nul.

« Et néanmoins les contre-lettres faites, par devant no-
« taire, avant la célébration du mariage, du consentement

« des futurs conjoints, en la présence de leurs principaux
« et proches parents, sont valables. »

Tels sont les termes dans lesquels, dès 1672, Lamoignon (1) et ses collaborateurs voulant, ainsi que dit la préface des *Arrêtés*, « établir l'uniformité des maximes qui
« doivent conduire à la décision des questions controver-
« sées » expriment les règles et la portée de l'Immutabilité des conventions matrimoniales.

Et ce texte est, à notre avis, merveilleusement synthétique des conclusions admises durant les derniers siècles de notre droit coutumier, relativement au principe que nous voulons étudier ; nous verrons que chaque phrase en avait été pesée et que chaque proposition trouvait sa justification dans la jurisprudence ou la doctrine contemporaines.

Nous expliquerons plus loin pourquoi nous groupons, sous cette théorie de l'Immutabilité, des textes relatifs à des modifications aux contrats de mariage, apportées à des époques bien distinctes, les unes avant la célébration, les autres après, bien que la doctrine actuelle tende à ne comprendre dans cette théorie que les secondes de ces modifications.

Mais avant d'examiner ce principe complètement formé, il nous faudra voir ses origines, sa formation lente, et préciser tout d'abord quelques points sur une matière d'où toute controverse n'est pas encore bannie.

« L'immutabilité des conventions matrimoniales », voici une expression diversement comprise.

M. Lefebvre écrit, dans le *Droit des gens mariés*, « Devenus libres d'écarter ou de modifier la communauté légale, les époux furent soumis à un autre principe plus absolu,

(1) *Arrêtés*, tit. XXII, nos 5 et 6.

celui de l'immutabilité des conventions matrimoniales en cours de mariage, principe qui ne put recevoir toute sa portée qu'une fois consacrée, la liberté de ces conventions et la diversité possible des régimes (1). »

D'après cette acception, l'expression « liberté des conventions matrimoniales » s'appliquerait plutôt à la simple possibilité de choisir tel ou tel régime : il vaudrait mieux dire alors « liberté de fixer le régime matrimonial », car le régime des biens entre époux n'est pas la seule convention matrimoniale possible ; et quand on parle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, c'est dans un sens plus étendu que ce mot « convention » est entendu, embrassant, non seulement la fixation du régime, mais encore les donations faites aux époux par le contrat de mariage et, dans l'ancien droit, les conventions relatives au douaire. En étudiant le droit coutumier, nous reviendrons d'ailleurs sur ces points.

Nous n'en parlons maintenant que pour montrer, qu'en étudiant les origines de notre principe, il ne faudra pas nous borner à rechercher seulement quand il a été impossible aux époux d'abandonner la communauté ou d'y revenir durant le mariage, cela n'a pu, bien entendu, avoir lieu qu'après que la stipulation des divers régimes a été permise. Mais il faudra voir en outre quand pareille règle d'immutabilité a été admise pour le Douaire et ces « autres conventions portées par le contrat de mariage » dont nous parle Lamoignon.

C'est le résultat de nos recherches sur les premières manifestations de cette immutabilité que nous exposerons dans une première partie, examinant les diverses sources

(1) LEFEBVRE, *Droit des gens mariés*, p. 432.

d'où l'on a voulu tirer notre règle et les motifs de son adoption. Nous verrons qu'elle a une origine purement coutumière, que les divers droits écrits n'ont pas connu l'immutabilité et que c'est seulement par les mœurs, sous diverses influences que nous examinerons, que, dès le xvi^e siècle, la règle de l'Immutabilité était pleinement admise.

Arrivé à cette époque, nous rechercherons dans une seconde partie, d'après la jurisprudence et la doctrine, quelles conséquences on tirait de notre règle, qui formait l'un des principes généraux du statut matrimonial.

PREMIÈRE PARTIE

LES ORIGINES DE LA RÈGLE DE L'IMMUTABILITÉ. SON DÉVELOPPEMENT JUSQU'A LA RÉDACTION DES COUTUMES.

Nous discuterons d'abord, les origines que l'on a voulu trouver à notre règle dans les divers droits écrits. Puis nous examinerons plus longuement la théorie de l'origine coutumière que nous adoptons ; enfin l'exposé des motifs proposés et la recherche de l'influence prépondérante termineront cette première partie.

CHAPITRE PREMIER

DISCUSSION DES ORIGINES ROMAINE, GAULOISE ET FRANQUE.

Parmi les droits des peuples primitifs qui ont été les sources du droit actuel, deux sont particulièrement intéressants : le droit romain et le droit germanique ; mais la présence d'un texte controversé nous forcera à donner un court aperçu du droit gaulois.

SECTION I. — Droit romain.

A une époque de courte durée et très ancienne, le mariage romain ne se concevait que sous la forme de mariage avec *conventio in manum*. Alors la femme, devenue comme la fille de son mari, entrée dans la famille de celui-ci, devenue étrangère à la sienne propre, se trouvait dans une situation qui était fixée définitivement pour le temps du mariage. « La femme *in manu* n'a rien à elle, ce qu'elle acquiert est acquis au mari ou au père de celui-ci. Ce qu'elle apporte en mariage leur est acquis également » (1). Il n'y a donc pas de modification possible au régime matrimonial à cette époque. Plus tard, bien que les règles de la *manus* aient subsisté, il y eut un moyen pour le mari dont la femme était *in manu* de l'avantager, par la composition du pécule qu'il lui laissait (2).

(1) RIVIER, *Précis du droit de famille romain*, p. 164, 185 et s.

(2) L'existence de ce pécule a été contestée. Tite-Live y fait allu-

Mais le régime du mariage avec *manus* exclusif dura peu, puisque dès la Loi des XII Tables, on reconnaissait un mariage *sine manu* et ce mariage *sine manu*, où le mari n'est plus comme le père de sa femme, mais uniquement son mari, devait finir, après plusieurs siècles de coexistence, par supplanter le mariage *cum in manum conventionione*. Il devait paraître préférable, dans l'intérêt des agnats et de la *gens*, lorsque l'épouse avant son mariage était *sui juris* (1).

Durant le long temps de coexistence de ces deux sortes de mariage, il fut possible aux époux de passer de l'un à l'autre. En effet, examinons les modes d'acquisition de la *manus* ; si nous exceptons la *confarreatio* qui, par ses rites solennels et religieux, indique qu'elle était contemporaine du mariage, nous voyons que les deux autres étaient usuels pour le mari, même après le mariage. Quant à l'*usus*, quoi de plus facile selon le gré des époux que de se servir ou non de ce moyen ? Il suffisait que la femme n'use pas de l'interruption (*trium noctium usurpatio*) que lui réservait la Loi des XII Tables, pour qu'elle tombât sous la *manus* de son mari. C'était par l'*usus* que les époux passaient à leur gré le plus commodément du mariage *sine manu* au mariage *cum manu* (2).

Mais ce mode encore en vigueur au temps de Cicéron, avait disparu lorsque Gaius rédigeait ses *Commentaires*. La *coemptio* au contraire resta le mode usuel et efficace de

sion et Plaute aussi, *Casina*, 95 : *Nam peculii probam nihil habere adderet. Clam virum...*

(1) Nouvelle Revue historique, 1887, LABBÉ, *Du mariage romain et de la Manus*, p. 6 et s.

(2) SCHULIN, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, 1889, § 51, cité par RIVIER, *op. cit.*, p. 172.

la *conventio in manum* accessible aux époux futurs ou déjà mariés.

Si les époux étaient mariés *cum manu* le mari pouvait en faire abandon (1), par conséquent encore ici il y avait possibilité de modifier la situation des époux.

Mariée sans *manus*, la femme acquiert soit pour elle-même, soit pour son père si elle était *alieni juris*. Son mari n'avait en sa qualité de mari aucun droit sur ses biens.

On voit quelles étaient, dans leur organisation générale, les graves différences entre les deux régimes matrimoniaux et quelles profondes modifications entraînaient l'adoption ou le rejet de la *manus* durant le mariage.

Voyons maintenant les rapports patrimoniaux des époux, quant à la dot.

§ 1^{er}. — Aucune immutabilité dans le régime de la dot.

Même mariée avec *manus*, la femme apportait au mari une dot que la coutume imposait au père de la future ; dot qui indemnisait celle-ci de la perte de ses droits successoraux dans sa famille, était pour elle un avancement d'hoirie (2), et devait aider le mari à subvenir aux charges du ménage. Si la femme se mariait *sui juris*, sa fortune était considérée comme formant sa dot.

La dot était en principe acquise définitivement au mari, *Dolis causa perpetua est* (3).

Dans le mariage *sine manu* les patrimoines des époux restaient séparés. La dot avait donc ainsi plus d'import-

(1) GAIUS, liv. I, § 118.

(2) MATNZ, *Cours de droit romain*, t. III, § 309.

(3) Dig., liv. XXIII, tit. III, loi 1.

tance encore, puisqu'elle se séparait du reste du patrimoine de la femme et passait au mari. Le régime des biens, abandonné aux stipulations des époux, était, ici, plus compliqué. La dot y formait une donation d'un caractère spécial, ayant un but déterminé : les charges du ménage, et devant dans certaines éventualités (1) être restituée à la fin du mariage. Le constituant, quel qu'il fût, pouvait en effet stipuler la restitution (2) soit à lui, soit à un tiers (ses enfants ou héritiers) lors de la dissolution du mariage.

Quel que fût le régime des époux, la dot n'était pas hors d'atteinte de toute modification durant le mariage ; à son égard, pas encore d'immutabilité.

D'abord, bien qu'elle fût ordinairement constituée avant le mariage, cela n'était pas obligatoire, elle pouvait être constituée après (3), et si on l'avait constituée auparavant, son chiffre pouvait être augmenté par la suite (4). Javolenus nous l'affirme au Digeste (5).

Sur les trois modes de constitution de dot employés, nous en avons au moins deux sur lesquels des textes nous apprennent qu'ils étaient possibles, même durant le mariage. Paul nous l'affirme en deux endroits (6). D'après lui, la dot pouvait être constituée soit par *promissio*, soit

(1) PAUL, Dig., XXIII.III.56, § 1 : *Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* : Et eod. loc. Lois 7, 16 *in fine*, et 20.

(2) C'était alors la dot réceptice, ULPEN, Règles, tit. VI, § 5.

(3) Cela est sanctionné par ULPEN, Dig., XXIV.III.29. § 1^{er}.

(4) GIRARD, *Manuel de Droit romain*, 4^e édit., p. 949, note 1.

(5) Dig., XXIII.IV.1, pp. : *Pascici post nuptias etiam si nihil ante convenerit, licet*.

(6) PAUL, F. V., 110 : *Paulus respondit etiam post nuptias copulatas dotem « promitti vel dari » posse, sed non curatore presente promitti debere, sed tutore auctore.* — PAUL, Sent., II.XXI.1 : *Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium, et ideo vel ante nuptias vel post nuptias dari potest : sed ante nuptias data earum expectat adventum.*

par *datio* durant le mariage. Le silence gardé sur l'autre mode, la *dictio dotis*, s'explique peut-être par ce fait : elle est étrangère au droit nouveau. La Chancellerie Impériale (1) l'a remplacée par un autre mode, la *pollicitatio*, acte sans aucune formalité que Théodose et Valentinien rendront obligatoire (2). Justinien rappellera plus tard cette permission de modifier la dot durant le mariage (3), lorsqu'après lui avoir assimilé les donations *ante nuptias*, il voudra les rendre modifiables comme la dot même.

Ulpien, en un autre endroit, fait encore allusion à une constitution de dot durant le mariage (4).

Ayant le pouvoir de constituer la dot durant le mariage, il était possible d'affecter la constitution de modalités qui la rendaient indéterminée quant à son arrivée ou quant à sa quotité. Paul prévoit le cas où un débiteur de la femme promet la dot sous condition (5). Julien nous donne la formule d'une stipulation de dot avec terme (6). Dans ces deux textes ces modalités affectent une constitution de dot par *promissio*. Pour la *dictio dotis*, Pothier a contesté que de telles modalités fussent possibles (7) ; mais nous avons un texte (8) qui répète la formule de la *dictio dotis* affectée d'un terme.

L'*acceptilatio* constitutive de dot seule nous est signalée

(1) Code, *De dotis promissione*, loi 6.

(2) Code, *De dotibus*, 3.13.

(3) Institutes, II. vii, § 3 : *Augeri dotem et post nuptias fuerat permis-sum*.

(4) ULPYEN, Dig., XXIII.iii.7, § 3 : *Fiunt autem res mariti si, constante matrimonio, in dotem dentur*.

(5) Dig., XXIII.iii.44, § 3.

(6) Dig., XXIII.iii.48.

(7) POTHIER, Pandectes, *hoc. tit.*, n° 22.

(8) Dig., L.xvi.125 : *Cum commodum erit, dotis filiae meae tibi erunt aurei centum. Et « cum potuero doli tibi erunt centum »*.

comme n'étant pas susceptible d'être ainsi modifiée (1). Les conditions parfois indiquées *cum potuero*, *cum commodum erit*, interprétées par le jurisconsulte Proculus comme réservant au père ce qui lui est nécessaire pour payer ses dettes et même pour soutenir son rang, étaient loin de fixer d'une façon immuable le chiffre de la dot. Seule la condition purement potestative aurait rendu la constitution nulle.

Il est à remarquer que la promesse d'une dot indéterminée, nulle si elle émane de la femme ou d'un étranger (2), devient valable si on se réfère pour sa détermination à l'arbitrage du promettant, *quodcumque arbitratus fuisset* (3). Quant à une semblable promesse faite par le père ou l'aïeul paternel de la femme, elle est valable même sans se référer à l'*arbitrium boni viri*, car le juge de l'action *ex stipulatu* pourra fixer le quantum de la dot promise indéterminément par le père, en se basant sur les facultés du père et la dignité du mari (4).

Enfin la dot pouvait encore être modifiée quant à son objet durant le mariage. Mais il fallait que ce fût dans l'intérêt de la femme, et qu'elle ne fût point lésée par cette convention : « *si hoc mulieri utile sit* (5), *cum mulieri prodest* (6) ». L'échange d'un objet dotal peut se faire par convention « *quia et permutatio dotium conventionione fieri potest* » (7). On peut changer un objet en argent ou réciproquement « *ex pecunia in rem aut ex re in pecuniam* » (8). Ju-

(1) PELLAT, *Textes sur la dot*, p. 419.

(2) Code, V.xi.4.

(3) Code, d°, loi 3.

(4) Dig., XXIII.iii.69, § 4.

(5) Dig., XXIII.iii.26.

(6) Dig., XXIII.iv.21.

(7) Dig., XXIII.iii.25.

(8) Dig., XXIII.iii.26.

lien nous donne un exemple de la première sorte de transformation (1) ; tandis que Pomponius nous offre une *permutatio ex re in pecuniam* (2). Une fois l'échange convenu, les objets nouveaux sont dotaux « *quod si fuerit factum, fundus vel res dotalis efficitur* » (3).

Une autre règle du droit romain qui semble inspirée d'une idée d'immutabilité des conventions, est la défense de restituer la dot durant le mariage. Cependant ce n'est pas de pareille idée que vient cette prohibition.

On la regarde généralement comme dérivant de la prohibition des donations, parce que le mari peut répéter la dot qu'il a restituée prématurément, comme il peut répéter la donation qu'il aurait faite. Mais l'on ne pourrait déduire, de cette dernière règle seule, la défense de restitution anticipée, car la dot ne faisait pas partie de ce patrimoine propre au mari que la prohibition des donations entre époux avait pour but de protéger ; elle n'était dans les mains du mari que pour une destination temporaire, elle devait en définitive revenir à la femme (4).

La prohibition de restitution anticipée a ses motifs particuliers et ses effets propres.

Examinons-la, de plus près, nous verrons qu'elle peut se formuler en deux propositions. 1^o Le mari ne peut être tenu de restituer la dot avant la dissolution du mariage et cela, à cause du caractère onéreux qu'a la dot à son égard. Conservant les charges du ménage tout le temps du mariage, il doit conserver les biens à lui donnés à cette

(1) Dig., XXIII, IV, 24 : *Si mulier dotis causa promiserit certam summam et pro ea mancipia in dotem dederit.*

(2) Dig., XXIII, IV, 32.

(3) Dig., XXIII, III, 27.

(4) PELLAT, *Textes sur la dot*, p. 376.

fin. 2° Le mari ne peut restituer de son plein gré avant la dissolution. Ici le motif précédent fait défaut ; mais, à côté de lui, en existe un autre encore plus important : l'intérêt de la femme à qui il faut assurer la conservation de la dot (1). Le mari ne doit pas restituer légèrement la dot à sa femme, pour qu'elle la dépense inutilement et se trouve sans dot lors de la mort du mari ou du divorce, toujours possible et si fréquent chez les Romains. C'est donc une mesure de défiance et de protection envers la femme.

Cette prohibition aurait été admise par des lois de l'époque d'Auguste : elle porte en effet le même caractère et tend au même but que les autres lois édictées par lui. Ce seraient vraisemblablement les lois Julia et Papia Poppæa qui l'auraient créée (2).

Le but principal, l'intérêt de la femme, que se proposait l'auteur de cette prohibition, implique des exceptions possibles aux cas où il est désirable que les époux règlent leurs intérêts respectifs et où il n'est pas à craindre que la femme dissipe sa dot.

Tout d'abord, à la règle que la femme ne peut redemander sa dot, on apporta une exception, que l'on rappellera plus tard pour fonder la séparation de biens. La dot doit être rendue à la femme dans le cas où l'insolvabilité du mari met cette dot en péril. C'est ce qu'atteste Ulpien (3). A la seconde règle plusieurs exceptions étaient admises. Ainsi le mari pouvait restituer la dot avant la

(1) Dig., XXIII. III. 2 *Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt.*

(2) V. les arguments développés par PELLAT, *Textes sur la dot*, p. 366.

(3) Dig., 24. 3. 24, pp. : *Si constante matrimonio, propter inopiam mariti mulier agere volet... ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotes exactionem non sufficere.*

dissolution du mariage, si c'est pour permettre à la femme de payer ses dettes, « *ut aes alienum solvat* » (1), pour acheter un fonds lui convenant « *ut fundum idoneum emat* » (2), pour lui permettre de subvenir aux besoins des siens « *ut suosque alat* » (3) ou de son mari, pour lui permettre de soutenir ou de racheter ceux qui lui tiennent de près. Mais dans tous ces cas le mari ne devait remettre la dot que si sa femme était sensée et économe, sinon il pouvait faire l'emploi indiqué lui-même, ou, s'il avait remis la dot, il pouvait la répéter par une *condictio ob causam datam, causa non secuta* (4).

Aussi cette prohibition différait-elle de celle des donations entre époux n'ayant ni le même but, ni les mêmes effets et, avec ses nombreuses exceptions, ne constituait pas, à vrai dire, une immutabilité des conventions matrimoniales. D'ailleurs, elle n'eut qu'une durée passagère. Justinien l'abolit dans tous les cas où il y avait donation *propter nuptias*.

Sur un autre point, celui des contrats entre époux, le droit romain s'écarte complètement des solutions restrictives admises plus tard par le droit coutumier.

A Rome, en effet, ces contrats sont permis : leur possibilité résulte de nombreux textes pour la vente (5), le prêt (6), la société (7) et le gage (8). Enfin la femme pou-

(1) Dig., XXIV.III.20.

(2) Dig., XXIII.III.73.

(3) Dig., XXIII.III.73.

(4) PELLAT, *Textes sur la dot*, p. 374 et 375.

(5) Dig., XXIV.I.7, § 6 : *Si uxor a marito suo proedia emerit...*

(6) Dig., XXIV.I.57 : *Quoniam ex donatione in pecuniam creditam conversa est.*

(7) Dig., XXXIV.I.16, § 3 : *Qui societatem omnium bonorum suorum cum uxore sua.*

(8) Dig., XXIV.I.7, § 6 : *Proedia quae ob dotem pignore acceperat.*

vait donner mandat au mari ou déposer des biens chez lui : des textes prévoient que la femme pourra être tenue de l'*actio mandati* (1) ou que le mari sera tenu de cette action ou de l'*actio depositi* (2).

Mais tous ces contrats ne sont possibles qu'à la condition qu'ils ne cachent pas des donations entre époux, la sanction rigoureuse de cette prohibition est leur nullité (3).

Ainsi donc le régime de la dot n'est rien moins qu'immuable et nulle trace de notre principe ne s'y trouve.

Mais diverses institutions romaines semblent s'être inspirées d'une idée de stabilité dans les conventions matrimoniales : les donations entre époux sont interdites, les donations *ante nuptias* furent, à une époque, fixées définitivement avant le mariage. D'autre part des solutions de détail relatives aux pactes sur la dot postérieurs au mariage, au rétablissement de la dot en cas de réconciliation après divorce, se rapprochent de celles admises aujourd'hui. Il nous faut donc les examiner pourvoir si, parmi elles, nous ne trouverons pas de traces de notre principe.

§ 2. — La règle de la prohibition des donations entre époux.

Nous rencontrons en droit romain une règle qui a survécu jusqu'à nous malgré quelques modifications et que l'on a trouvée en rapport avec le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, à tel point que longtemps elle fut donnée comme fondement à notre principe : nous voulons dire la prohibition des donations entre époux.

(1) Dig., XXIII.III.9, § 3.

(2) Dig., XXIII.III.9, § 3, *in fine*

(3) Dig. XXIV.I.25 et 32, § 2.

Remarquons de suite que de pareilles donations ne pouvaient exister dans le mariage *cum manu* puisque la femme, alors, n'avait pas de biens propres (1).

Concevables seulement dans un mariage *sine manu*, ces donations entre époux furent d'abord permises. En effet l'un des motifs qui amenèrent leur prohibition, la crainte des menaces de répudiation, n'entra dans les mœurs romaines que vers la fin de la république (2).

Ce fut la coutume (3) qui introduisit la prohibition des donations lorsqu'avec le relâchement des mœurs, les divorces se multiplièrent. Il fallut bien alors empêcher qu'un époux cupide n'abusât de la faiblesse de son conjoint pour le dépouiller de ses biens et le répudier ensuite (4).

Outre ce motif (5) on invoqua la crainte d'une prépondérance abusive de l'un des époux sur l'autre qui troublerait la paix du ménage et qui amènerait celui-ci par passion à se dépouiller (6), puis la crainte que les époux ne négligent l'éducation des enfants (7).

(1) MAYNZ, *Dr. romain*, III, § 317; DEMANGEAT, 3^e éd., I, p. 604.

(2) En 550 de Rome ces donations étaient même favorisées : la loi *Cincia* cite, en effet, l'époux du donateur parmi les personnes *exceptae* qui peuvent recevoir au delà de la quotité fixée par ses dispositions : *Excipiuntur et affinium personae... vir et uxor, sponsus et sponsa*. *Fragm. Vatic.*, § 302, et entre lesquelles la faculté de faire et de recevoir des donations, continuera de subsister sans modification : *Eis omnibus inter se donare accipere liceto*. *F. V.*, § 208.

(3) GIRARD, p. 940; DEMANGEAT, p. 603; Dig., XXIV. 1. 4 : *Moribus apud nos receptum est ne inter virum et uxorem donationes valerent*.

(4) PELLAT, p. 359.

(5) Dig., XXIV. 1. 2 : *Quia soepe futurum esset ut discuterentur matrimonia si non donaret is qui posset atque ea ratione eventurum ut venalia essent matrimonia*. Voir aussi, loi 3.

(6) Dig., XXIV. 1. 4, *in fine* : *Ne mutuato amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes sed profusa erga se facilitate*.

(7) Dig., XXIV. 1. 2, pp. : *Nec esset eis studium liberos potius educendi*.

Des exceptions à cette rigoureuse prohibition furent introduites, soit par des constitutions impériales, soit par la jurisprudence, dans divers cas où le motif de la prohibition n'existait pas et où il eût été trop dur d'annuler ces sortes de libéralités (1). Ainsi l'on admit qu'il fallait, pour qu'elles fussent nulles, que les libéralités enrichissent réellement l'époux donataire aux dépens de l'autre époux (2). Partant de cette idée, on valida les donations qui permettaient seulement au mari d'obtenir des honneurs (3) ou celles qui l'aidaient à reconstruire un immeuble détruit (4). C'est encore ainsi qu'on validait la donation permettant au conjoint d'épargner une dépense (5), les libéralités dans l'intérêt du ménage et les cadeaux d'usage (6).

Enfin, dans trois cas, la prohibition des donations entre époux était formellement écartée : elle ne s'appliquait pas à la donation *mortis causa* (7) : les motifs qui avaient amené la prohibition n'existent plus et la donation ayant effet à un moment où le mariage est dissous (8).

Pas de prohibition, non plus, pour la donation faite *divortii causa* (9), pareille donation n'était ni fréquente ni

(1) Dig., XXIV.1.28, § 2 : *Et sane non àmare nec tanquam inter infestos jus prohibita donationis tractandum est; sed, ut inter conjunctos maximo affectu et solam inopiam timentes.*

(2) Dig., XXIV.1.5, § 8.

(3) Dig., XXIV.1.40 et 42; Code, V. xvi. 21.

(4) Dig., XXIV.1.14.

(5) Dig., XXIV.1.24 : ... *non enim donat qui necessariis oneribus succurrit.*

(6) Dig., XXIV.1.1, 48 à 21, 31, § 8 et 10, 33.

(7) Dig., XXIV.1.9, § 2 : *Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt.*

(8) GAIUS, Dig., XXIV.1.18.

(9) Dig., XXIV.1.11, § 11.

excessive. Enfin la donation faite à un époux partant en exil était encore permise par un motif d'humanité (1). Comme on le voit les exceptions étaient, somme toute, nombreuses.

Quelle était la sanction de cette règle prohibitive ?

Puisqu'on avait l'idée de considérer la volonté comme absente (à cause de la contrainte ou de l'entraînement redoutés) on y mit la sanction la plus énergique, on considéra l'acte par lequel la donation était faite comme inexistant (2). De là on admit que la propriété n'était pas transmise en cas de donation par dation, l'obligation non formée en cas de donation par contrat, la dette non éteinte au cas de donation par acceptilation (3). Les choses données pouvaient être revendiquées.

Ainsi dans les cas où s'appliquait la prohibition la sanction était rigoureuse. Mais pour ces cas mêmes, un sénatus-consulte rendu sous Caracalla (4) réduisit la portée de l'ancienne règle. La donation était rétroactivement validée si le donateur mourait dans le mariage sans l'avoir révoquée, ce qui diminua encore beaucoup la portée de l'antique prohibition.

Toujours est-il que le principe de cette prohibition a existé en droit romain.

Nous verrons nos auteurs coutumiers rendre cette prohibition presque solidaire de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Pourquoi donc en droit romain n'avait-on pas remarqué cette connexité et adopté l'immutabilité comme pendant de la prohibition des donations entre époux ?

(1) Dig., XXIV.1.43.

(2) Dig., XXIV.1.3. § 10 : *Ipso enim jure quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur nullius momenti sunt.*

(3) GIRARD, 4^e éd., p. 940.

(4) Dig., XXIV.1.32.

Cela tient au caractère spécial que nous avons déjà remarqué dans la dot ; elle n'entre dans le patrimoine du mari qu'avec une affectation spéciale *ad onera matrimonii sustinenda*, ce qui donna à la constitution de dot, du moins au regard du mari, le caractère d'un acte à titre onéreux. Sans doute la distinction est de surface et, si l'on va au fond des choses, on voit la femme pareillement dépouillée soit qu'elle consente une diminution de sa dot, soit qu'elle donne nettement. Mais les jurisconsultes qui ne se plaçaient qu'au point de vue juridique, constataient avec raison que la constitution de dot n'avait pas les mêmes caractères que la donation.

Qu'on nous permette de citer un texte à notre avis synthétique du système romain sur la matière. « Tu demandes, dit le jurisconsulte Paul, si le pacte fait avant ou après le mariage est valable, par lequel le mari s'oblige à désintéresser un créancier de la femme sur les fruits venant du fonds qui lui a été donné en dot ? Je dis que ce pacte vaut s'il est fait avant le mariage et qu'il a pour effet de diminuer la dot qui a été constituée. Mais s'il est fait après le mariage, comme les fruits de la dot sont destinés à subvenir aux charges du ménage, c'est sur son propre bien que le mari s'engage à payer le créancier, et cela devient une pure donation (1). »

Ce texte synthétise bien le système romain : la permission de diminuer la dot, mais la prohibition absolue des

(1) Dig., 23.4.28 : *Quaeris, si pacta sit mulier, vel ante nuptias, vel post nuptias, ut ex fundi fructibus, quem dedit in dotem, creditor mulieris dimittatur; an valeat pactum? Dico, si ante nuptias id convenerit, valere pactum; eoque modo minorem dotem constitutam; post nuptias vero, cum onera matrimonii fructus relevaturi sunt, jam de suo maritus paciscitur, ut dimittat creditorem; et erit mera donatio.*

donations entre époux. Si en effet Paul annule le pacte dans le second cas, c'est en vertu de la prohibition des donations entre époux et non pour respecter une immutabilité qu'il ignore. La preuve est que la validité du premier pacte, passé, remarquons-le, entre la constitution de dot et le mariage, sera repoussée en droit coutumier comme conséquence de l'immutabilité.

Nous trouvons encore dans ce texte le rappel du caractère fondamental de la dot qui expliquera la différence entre les règles de sa variabilité et de la prohibition des donations entre époux.

§ 3. — Les donations « *propter nuptias* ».

Cette donation *propter nuptias* vient de la donation *ante nuptias* primitive. Or celle-ci ne pouvait être ni constituée, ni augmentée, ni diminuée une fois le mariage contracté (1).

Ces donations n'apparurent guère qu'au Bas-Empire avec les empereurs chrétiens. Inspirées par l'usage des cadeaux entre fiancés, elles suivirent d'abord les règles des autres donations.

Constantin, considérant avec raison qu'elles étaient faites en vue des noces *si nuptiae secutae fuerint*, les rendit révocables au cas où cette condition ferait défaut (2). Mais à partir de Théodose le Grand, les donations *ante nuptias* changent de caractère, prennent un aspect compliqué en se développant pour donner à la femme des avantages analogues à ceux que le mari obtient par la dot : elle

(1) ACCARIAS, I, § 316.

(2) Code, V, III, 40, § 41.

forme ainsi une contre-dot, *antipherna* comme le dit textuellement le Code (1).

La conséquence fut qu'on lui appliqua successivement tous les principes de la dot, ne maintenant, comme différences, que celles réclamées par la diversité des positions.

Quand la donation *ante nuptias* était une libéralité ordinaire elle ne pouvait avoir lieu qu'avant le mariage, « *quod ante matrimonium efficiebatur et nunquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat* » nous dit Justinien (2). C'était alors une application de la prohibition des donations entre époux.

Mais par la suite, la donation *ante nuptias*, prenant les caractères de la dot, sera comme elle, constituable ou modifiable durant le mariage et cette parité de caractères prise comme base de la similitude de réglementation est clairement énoncée par Justinien (3) : *Dotes constante matrimonio non solum augentur sed etiam fiunt ita et istae donationes quae propter nuptias introductae sunt, non solum antecedant matrimonii, sed eo etiam contracto augentur et constituentur* (4).

Ces donations *propter nuptias* sont dans le droit impérial tellement assimilées à la dot, qu'il suffira que des modifications soient apportées à la dot pour qu'elles s'appliquent de plein droit à la donation *propter nuptias* (5).

La donation à cause de noces se trouvera de plein droit augmentée, diminuée ou modifiée par tout pacte qui a

(1) Code, *hoc tit.*, loi 20.

(2) Institutes, II, vii, § 3.

(3) C'est ce que décida Justinien, Code, V, iii, 19.

(4) Remarquons que Justinien a mis les mots d'accord avec les faits en appelant ces donations *propter nuptias* au lieu d'*ante nuptias*.

(5) Code, V, iii, 17 et 20. Nouvelle 97, c. 1, 2.

pour effet d'amener ces résultats à l'égard de la dot (1).

De même, comme la dot, la donation *propter nuptias* sera constituée par le mari ou par toute autre personne. On admit par la suite que si la femme apportait une dot, le mari, ou son père s'il était *alieni juris*, en devait constituer une (2) sous forme de donation et Majorien exige que la valeur de cette donation soit égale à la dot (3).

Ce n'est donc pas encore dans la prohibition toute passagère de modifications aux donations *ante nuptias* que nous trouverons une application de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

§ 4. — Solutions de détail paraissant être inspirées par
une idée d'immutabilité.

Examinons maintenant quelques points de détail qui sembleraient inspirés de ce principe.

• Tout d'abord nous pouvons remarquer que pour les modifications à la dot postérieures au mariage, le consentement de la femme négligeable auparavant va devenir nécessaire (4).

Une fois le mariage contracté, le père ne peut, soit pendant sa durée, soit après, empirer, par une stipulation ou un pacte, la situation de sa fille, quant à sa dot, alors même qu'elle aurait été constituée par lui (5). De même le consentement de la femme est nécessaire pour les pactes que

(1) MAYNZ, *Droit romain*, III, p. 57, § 316.

(2) Code, II, VII, 13 ; et V, III, 9 et 20.

(3) Nouvelle 8. Code, V, XIV, 9 et 10.

(4) Dig., XXIII, IV, 21 : *Nam constat posse inter virum et uxorem conveniri*.

(5) Dig. XXIII, III, 28 : *Post nuptias, pater non potest deteriorem causam filiae*. Voir aussi Dig. XXIV, III, 29 pp.

veut faire sur la dot un étranger qui l'a constituée à son gré, et même, peut-être, à l'insu de la femme, avant le mariage (1).

Nous trouvons, ensuite, une autre solution d'après laquelle la femme, dans un cas spécial, se trouve obligée de respecter une convention matrimoniale par elle consentie. Si elle a délégué son débiteur à son futur mari à l'effet de constituer une dot, elle ne peut pas, avant le mariage, exiger le paiement de ce débiteur (2). Mais cela s'explique par des raisons indépendantes de toute idée d'immutabilité. En attendant le mariage (et c'est seulement pour ce temps que dure cette prohibition de modifications) tout est en suspens et le débiteur n'est plus obligé envers la femme que *si nuptiae secutae non sint*, condition qui ne sera réalisée que par une renonciation formelle au mariage projeté.

Enfin il était admis que si, après avoir divorcé, les deux époux se réconciliaient, la dot qui était primitivement constituée pour le premier mariage, se trouvait tacitement reconstituée pour le second, si les époux n'avaient pas stipulé de modifications. Si la femme a laissé chez le mari la dot du premier mariage, qu'elle pouvait répéter, elle ne peut durant le second mariage exercer l'action *ex stipulatu* (3); elle pourra à la dissolution du second réclamer les biens constitués primitivement: la dot sera en effet considérée comme rénovée (4). Mais il faut, pour que cette réconciliation produise cet effet, que le mari n'ait pas été délégué à un tiers par la femme lors de la dissolution du

(1) Dig., XXIII. iv. 20 § 4.

(2) Dig., XXIII. iii. 80 et 83.

(3) Dig., XXIII. iii. 13.

(4) Dig., XXIII. iii. 40.

premier mariage, sans quoi le tiers ne pourrait être privé de sa créance parce qu'il aurait plu aux époux de se réconcilier (1). Cette précaution prise contre un divorce suivi de réunion, dans l'intention de frauder un tiers nous montre que le divorce, si facilement pratiqué à Rome, devait servir à toutes sortes de compromissions pécuniaires « en vue de tromper soit des créanciers, soit ceux qui ont constitué la dot, soit le *paterfamilias* (2) lui-même, ou pour se faire des donations irrévocables entre les deux mariages » (3).

Dans un cas exceptionnel, la reconstitution expresse de la dot s'imposait lorsque le constituant de la dot avait stipulé la restitution à son profit, son consentement est nécessaire pour que la dot primitive soit constituée à nouveau pour le second mariage (4).

Ilors ces cas, si les époux n'ont rien stipulé, leur réconciliation reconstitue la dot, mais ils ne sont pas tenus de reprendre la vie commune dans les mêmes conditions ; ils auraient pu, toujours unis, modifier la dot, ils le peuvent lors de leur réunion (5). Pareille modification est formellement exprimée : *pacta est cum viro uti decem in dotem acciperet, et fundum sibi restitueret* (6).

Toutefois cette liberté de modification ne pouvait permettre à la femme de mettre son retour à prix d'argent (7).

La reconstitution de la dot primitive, bien que rappelant

(1) Dig., XXIII.iii.64.

(2) Dig., XXIV.ii.5.

(3) LEFEBVRE, *Introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, p. 138.

(4) Dig., XXIII.iii.63.

(5) Dig., XXIII.iii.30.

(6) Dig., XXIII.iii.50.

(7) Dig., XXIII.iv.27.

à première vue les solutions de l'article 1451 du Code civil, se règle en droit romain par des dispositions contraires.

Par l'examen des solutions romaines qui semblaient impliquer la reconnaissance ou l'application d'une idée d'immutabilité des conventions matrimoniales, on se convainc que ce principe n'était pas encore né. Aucun jurisconsulte n'y fait allusion, les solutions s'expliquent par des raisons toutes différentes ou, tout compte fait, s'éloignent souvent des conséquences logiques qu'eût entraînées notre principe.

La conclusion est que le droit romain n'a ni adopté ni repoussé le principe de l'immutabilité : il ne l'a pas connu. Donc tous les textes romains cités par les commentateurs et avocats des xvi^e et xvii^e siècles, pour appuyer l'immutabilité des conventions matrimoniales, ne la visaient pas directement.

SECTION II. — Droit celtique.

L'immutabilité a-t-elle une origine celtique ?

On trouve dans la législation des Celtes une idée de stabilité et d'égalité dans les apports qui doit se continuer durant le mariage, mais on n'y peut voir encore un fondement sérieux de notre règle.

César nous dit en effet dans ses *Commentaires* (1) : « La même somme que les maris ont reçue de leurs femmes à titre de dot, ils la tirent de leur propre bien après estima-

(1) *De Bello Gallico*, liv. VI, § 19 : *Viri, quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantias ex suis bonis aestimatione facta cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniae ratio habetur fructusque servantur. Uter eorum vitâ superavit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit.*

tion faite, pour la mettre en commun avec cette dot. De toute cette masse de biens, un compte est tenu, les fruits sont conservés, et le survivant garde la part de l'un et de l'autre avec les fruits accumulés. » Ce texte de César a été l'objet de maintes controverses, inévitables étant donnée sa brièveté pour nous éclairer sur tout le régime nuptial des Gaulois (1).

Si nous en croyons M. Laferrière (2) la dot devait être mise en réserve, ne pouvait donc pas être aliénée ou si elle l'était, il y avait nécessité de remplacer les biens, double principe d'inaliénabilité et de remploi. De plus le caractère d'égalité des donations réciproques faites par les futurs suppose logiquement que ces époux ne pouvaient durant le mariage se faire d'autres donations par actes entre vifs. On a même été jusqu'à dire que l'indisponibilité s'étendait non seulement au capital formé par les apports des deux époux, mais encore aux fruits et aux acquêts (3).

De pareilles solutions nous amèneraient à un système bien proche de l'immutabilité, mais elles ne sont pas admises par tous. D'abord en supposant la réelle indisponibilité de cette masse on est forcé d'admettre qu'ils ne constituaient qu'une petite partie de la fortune des époux, sans cela, avec quoi les époux auraient-ils pu vivre, tra-

(1) Sur les diverses interprétations du mot *pecunia*, V. LAFERRIÈRE, *Histoire du Droit*, GLASSON, *Droit et institutions de la France : Nouv. Revue historique*, 1858, p. 517 et suiv. Le régime nuptial des Gaulois.— Sur les controverses relatives à la communauté, voir ces auteurs et tous ceux indiqués par LEFEBVRE, *Droit des gens mariés*, p. 181, note I, et par PLANIOL, t. III, n° 890.

(2) *Histoire du Droit français*, t. II, liv. II, p. 82.

(3) KÖNIGSWARTER, *Organisation de la famille*, p. 35; GIRAUD, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen-âge*, t. I, p. 35.

vailler ? Dot et contre-dot ne formaient qu'une portion minime de la fortune du ménage qu'on avait pris coutume de sauvegarder pour créer une réserve d'épargne au profit du survivant (1). Aussi cette fixité des règles conventionnelles était très restreinte.

D'autres auteurs vont plus loin et nient toute indisponibilité de la masse. Adoptant cette idée que *pecunia* dans le texte ne veut pas dire indistinctement dot mobilière ou immobilière comme le pense Laferrière, mais que ce mot désigne seulement « un apport mobilier, de l'argent ou des choses fongibles » (2), « une valeur pécuniaire déterminée au moyen d'une estimation qui vaut vente, d'après les idées habituelles des Romains (3) », ils en déduisent l'absence de l'indisponibilité. D'après les uns (4) l'estimation des biens rendait le mari propriétaire de la *pecunia* de sa femme et de ses revenus, la réserve prévue par César se concevant ainsi : le capital et ses revenus formaient une masse à part, soumise à une comptabilité spéciale (*ratio*) et à la fin du mariage, la succession du mari prédécédé était débitrice de la valeur représentant cette masse. D'après les autres (5) les apports formaient un capital que le mari employait à son profit, s'engageant seulement pour ses héritiers à restituer une somme égale avec les intérêts ordinaires à raison de la durée du mariage, sous condition suspensive de la survie de la femme. Le mari outre la chance de survie gardait donc en plus les bénéfices, con-

(1) V. LEFEBVRE, *Droit des gens mariés*, p. 185 et 186.

(2) GLASSON, *Histoire du droit français*, t. I, p. 113.

(3) *Revue historique*, 1858 : HUMBERT, *Du régime nuptial des Gaulois*, p. 534.

(4) GLASSON, *Histoire du droit français*, t. I, p. 112.

(5) *Revue historique*, 1858, p. 537.

quêts ou intérêts supérieurs. Cette dernière opinion fixe de façon plus définitive le chiffre de la créance de restitution.

Mais dans tous les cas, nous ne trouvons pas dans ce droit celtique primitif les origines de notre principe ; sans doute nous y voyons quelque idée de stabilité, mais bien plutôt comme une mesure d'épargne qui n'affecte qu'une partie seulement des biens des époux et que la réduction à l'état de simple créance rend problématique.

Après la conquête des Gaules, le droit romain s'y répandit. Même au v^e siècle, ce n'est pas encore celui de Justinien, dont le Code et les Nouvelles n'existaient pas et ne furent établis que pour l'Orient. Le droit de Justinien n'est à envisager que pour l'époque qui suivra la Renaissance du xiii^e siècle. C'était alors le Code Théodosien qui régissait la Gaule (1). Le fonds de la coutume celtique, l'apport mutuel équivalent, continua à subsister, mais les décisions du droit romain prohibant le pacte de réunion des fruits à la dot (2) affaiblit l'usage ancien de réunir les revenus au capital.

M Laferrière pense même que c'est de cet usage gallique que serait venue à Rome la pratique des donations *ante nuptias* (3). Nous ne croyons pas à cette réaction des coutumes provinciales sur le droit de l'Empire, car à son origine la donation *ante nuptias* manquait du caractère principal de la donation gauloise, l'égalité à la dot qui ne fut exigée que plus tard par Justinien.

(1) LEFEBVRE, *Int. gén.*, p. 43.

(3) Dig., liv. XXIII, tit. iv, loi 4.

(3) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 467.

SECTION III. — Droit franc.

Nous n'avons trouvé le fondement de notre principe ni chez les Romains, ni chez les Celtes. Serons-nous plus heureux en nous adressant à l'autre source importante de notre droit français : le droit franc ?

La réponse affirmative a été faite et nous devons avouer qu'elle est séduisante. Nous l'avions d'abord admis au commencement de nos recherches, mais l'étude des documents postérieurs nous a forcé à abandonner cette opinion. Examinons d'abord cette théorie et nous en verrons ensuite les erreurs.

L'origine ripuaire de la règle de l'immutabilité a été esquissée par M. Kuntz dans deux articles de la *Revue générale de Droit* (1). Pour lui, ce principe se trouve formulé pour la première fois dans un texte qu'il qualifie fausement de premier capitulaire de Dagobert (2) et qui n'est autre que la loi Ripuaire elle-même en son chapitre 37. n° 1 (3). « Les Francs, dit-il, avaient conservé cet usage que Tacite signale chez les Germains. *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert*. Mais en outre une coutume s'était introduite de rédiger un *libellus dotis*, ce que nous appellerions aujourd'hui un contrat de mariage. Le

(1) Années 1883 et 1884.

(2) *Rev. gén.*, 1884, p. 22.

(3) WALTER, *Corpus juris Germanici*, I, p. 475, tit. 37, § 1.

1. Si quis mulierem desponsaverit quicquid ei per tabularum seu cartularum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconvulsum permaneat.

2. Si autem per seriem scripturarum ei nihil contulerit, si mulier virum supervixerit, quinquaginta solidos in dotem recipiat, et tertiam partem de omni re, quam simul collaboraverunt, sibi studeat evindicare ; et quicquid ei in morgangeba traditum fuerat, similiter faciat.

mari consignait par écrit tout ce qu'il donnait à sa femme en l'épousant, et, à ces conventions matrimoniales, on ne pouvait plus rien changer. Il n'est pas besoin de remarquer en effet que le mot *inconvulsus* est synonyme d'*inviolabilis*, d'*immutabilis*. »

Pour M. Kuntz voici l'hypothèse prévue par la loi Ripuaire. « Un homme est sur le point de prendre une femme pour épouse, *desponsaverit*, il fait dresser acte de tout ce qu'il lui donne ; désormais, il ne sera plus permis de modifier les clauses de cet acte soit en augmentant, soit en diminuant les libéralités qui y sont inscrites. » Enfin le même auteur pense trouver argument dans un texte de *libellus dotis* emprunté à Bignon dans ses notes de Marculf (liv. II, § 15). « Ce texte, dit-il, commence par ces mots : *Cum dominus omnipotens et excelsus qui condidit hominem ad imaginem et similitudinem suam dixit : « Non est bonum esse hominem solum, propterea relinquet homo patrem et matrem et adheret uxori suae et erunt duo in carne una non tamen duo sed una caro et quod Deus conjunxit, homo non separet. »* Puis suit une énumération des biens donnés à la femme. Enfin le *libellus* se termine ainsi : *si quis libellum hunc dotis aliquid calumniaverit auri libras quinque coactus exsolvat* ». Après quoi M. Kuntz conclut : « On aperçoit évidemment dans tout ce document l'influence de l'Église catholique, les premières lignes de l'acte apportent les preuves sur lesquelles s'appuie l'indissolubilité du lien matrimonial et la fin du texte avec sa volonté de ne rien changer aux dispositions qui ont été prises par le mari, nous fait songer immédiatement à l'immutabilité des conventions matrimoniales. »

Avant de réfuter les erreurs qui peuvent se trouver dans

cette argumentation, qu'on nous permette de résumer le système matrimonial des Francs (1) qu'il est utile de se rappeler pour juger cette opinion.

Autrefois le fiancé remettait à la famille de sa future femme, le *pretium nuptiale* comme témoignage de sa reconnaissance pour le consentement de la famille et en considération de l'alliance qu'il contractait ainsi avec elle (2). Ce *pretium* se réduisit jusqu'à devenir symbolique (3), tandis que la famille mieux éclairée laissait à la femme elle-même la grosse part des largesses du mari : la *dos*.

Cette *dos* progressa à la fois comme importance puisqu'elle distinguait le mariage du concubinage (4) et comme consistance, son chiffre ayant augmenté très rapidement à cause du caractère généreux des Germains (5), en particulier chez les Francs où nulle limite n'existait à leur générosité, comme il en existait chez les Lombards et les Wisigoths (6). C'était là, la grosse question pécuniaire dans tout mariage, et, de la fixation du chiffre de la dot dépendait, chez les Germains, la réussite d'une union, c'est

(1) V. LEFEBVRE, *Introd. générale*, p. 261 et s., et plus particulièrement 382 et s., 417 et s. ; *Droit des gens mariés*, p. 113 et s., 327 et s. ; GLASSON, t. II, p. 37 et s., t. III, p. 194 et s. ; GALLY, *La famille mérovingienne* ; LAFERRIÈRE, *Histoire du droit français* ; PARDESSUS, *Loi salique*, p. 670 et s.

(2) V. sur ce point LEFEBVRE, *Int. gén.*, p. 361 et s. — Une autre théorie considère ce *pretium* comme un prix d'achat. V. BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit français*, p. 427 et s. ; GLASSON, *op. cit.*, t. II, p. 45.

(3) Un sou et un denier. *Hist. Franc. epitomata*, XVIII.

(4) BEAUCHET, *Nouv. Revue hist.*, 1882, p. 376. *Nulhum sine dote fiat conjugium*, avait dit un texte ecclésiastique (le concile d'Arles selon les uns, Benedictus Levita, selon les autres).

(5) *Gaudent muneribus*, avait dit Tacite, *Germania*, XXI. — V. aussi GRÉG. DE TOURS, L. IV, n° 27 et LEFEBVRE, *Introd. gén.*, p. 425.

(6) L. Wis, liv. III, tit. I, § 5, PERTZ, *Legum*, t. I, p. 127.

sur elle que portaient principalement les conventions matrimoniales.

Comme autres éléments de la fortune de la femme deux autres institutions se trouvent, mais bien moins importantes pour notre étude.

D'abord le *morgengab*, don que le mari faisait à sa femme le lendemain des noces, *ob pretium virginitatis*. Mais il ne faisait pas partie des conventions matrimoniales (1), et était laissé à la largesse du mari (2). Ordinairement non constitué par écrit (nous n'en trouvons en effet aucune formule ni charte pour cette époque), il était d'un caractère plus intime et sentimental : il résultait d'un simple don manuel ou d'une promesse du mari. Sans doute en ce dernier cas « il était à craindre que les ardeurs d'une passion nouvelle, éteintes, le mari oubliât sa promesse » (3), aussi pour lui assurer cependant quelque stabilité la loi des Alamans (4) donnait force probatoire au serment de la femme prêté sur ce que lui avait promis le mari en *morgengab*,

Ce *morgengab* n'est pas important pour nous, en outre, parce que, à une époque indéterminée, il tendit à se confondre avec la *dos ex marito*. Cette fusion se fit sous plusieurs influences, d'abord le désir de la famille de la jeune fille d'éviter des surprises désagréables sur ce *morgengab*, retenu par le mari, malgré sa promesse, désir qui la

(1) GLASSON, III, p. 204 ; PARDESSUS, *L. Salique*, p. 684.

(2) Qui d'ailleurs ne faisait pas défaut si l'on en croit GRÉG. DE TOURS, L. IX, n° 20, pour le *morgengab* de Galesvinthe, quoique ce texte ne sépare pas ce qui a été donné comme dot, du *morgengab* et que le caractère politique de ce mariage le rende spécial. V. aussi LUITPRAND, II, mais chez les Lombards le *morgengab* semble avoir été la libéralité prédominante.

(3) PARDESSUS, *L. Salique*, p. 673.

(4) Til. 56, n° 2, PERTZ, *Legum*, III, p. 63.

poussa à le stipuler simultanément avec la *dos*, avant le mariage (1). Mais surtout l'influence chrétienne, qui voyait dans le *morgengab* un certain côté d'immoralité, tendit à le fondre avec la *dos* préalable.

Lorsque cette fusion fut réalisée, le *morgengab* participa alors aux règles de conventions matrimoniales mais en tant que partie de la *dos*, avec laquelle il ne formait plus qu'une masse indistincte.

Dos et *morgengab* n'étaient pas les seuls éléments de la fortune de la femme à son entrée en ménage. Elle apportait souvent, en effet, quelques biens avec elle, son trousseau, quelques meubles dans les classes pauvres (2) et chez les riches des biens qui étaient parfois très importants (3). De plus, la femme pouvait avoir recueilli une hérédité et apporter même des immeubles. Mais ces biens restaient sa propriété, ce que prouvent certaines formules (4) où l'on voit la femme donner à son mari les biens recueillis *ex alode*, *ex hereditate*, et ce fait que la femme reprenait en nature ses apports existants. Toutefois les circonstances où ces apports étaient considérables (succession des femmes à la terre, mariages de grandes familles) étaient rares et en général ces apports étaient de petite importance, et se présentaient avec le caractère de présents d'usages plutôt que de biens dont le sort fût arrêté dans les conventions matrimoniales. Celles-ci à vrai dire considéraient surtout la *dos* promise par le mari.

(1) LEFEBVRE, *Int. gén.*, p. 428 ; PARDESSUS, *Loi salique*, p. 673.

(2) Cap. I, 7, ajouté à la loi salique, PARDESSUS, *op. cit.*, p. 330.

(3) « *Magnis thesauris, magnis opibus* » ; GRÉG. DE TOURS, *Hist. franç.*, II, 27, 28.

(4) 12, liv. I et 7, liv. II de MARCULF.

Considéraient-elles autre chose que la *dos* et le mari pouvait-il par le *libellus dotis* fixer la part de conquêts de la femme ? Nous voyons la loi Ripuaire dans le paragraphe 2 accorder à la femme *tertiam partem de omni re quam simul collaboraverunt*. Était-il possible au mari de fixer cette part par les conventions matrimoniales et de la fixer à son gré ?

C'est une question sur laquelle des auteurs ne sont pas d'accord. M. Glasson admet cette liberté puisqu'il déclare « on ne doit pas hésiter à dire que cette condition (celle de survie prévue par le texte) pouvait être supprimée par les conventions matrimoniales » (1) et M. Pardessus est aussi de cet avis : « sans contredit les conventions matrimoniales pouvaient l'assurer, en vertu du principe écrit dans le paragraphe 1^{er} du titre 37 de la loi Ripuaire : *Quicquid ei per tabularum*. » M. Lefebvre semble écarter cette possibilité et restreindre le tiers des acquêts seulement à la femme non dotée (2).

En tous cas, même s'il était démontré que le mari jouissait de la liberté de fixer à son gré la part de la femme dans les acquêts, il resterait à prouver que cette fixation faite par le *libellus dotis* ne pouvait plus être changée par la suite. Et, de cela, la preuve n'est pas faite.

On invoque bien le texte du premier paragraphe de la loi Ripuaire, en disant que la généralité de ses termes doit comprendre tout ce qui a été convenu : *quicquid ei per cartularum conscripserit perpetualiter inconvulsum permaneat*. Mais ce n'est pas en ce sens que ce texte est généralement interprété (3). On ne veut voir là qu'une mesure déclarant

(1) GLASSON, *Histoire du droit*, t. III, p. 214.

(2) *Droit des gens mariés*, p. 129.

(3) LEFEBVRE, *Droit des gens mariés*, p. 407, note 1 : « La formule

que la *dos*, promise par le mari, et pour le chiffre de laquelle toute liberté lui est laissée, ne pourra plus être révoquée après le mariage et devra toujours rester aux mains de la femme. Cette interprétation restrictive semble être commandée par le titre même que porte le chapitre 37 de la loi Ripuaire : *De dotibus mulierum*.

A cela on pourrait peut-être objecter que, cependant, dans ce chapitre (1) la loi Ripuaire s'occupe aussi de la *tertia* et du *morgengab* ? Sans doute, mais elle le fait dans un fragment différent et qui semble être commandé par les deux conditions, *si maritus ei nihil contulerit* et *si mulier virum supervixerit*. En tous cas, nous pensons que ce texte est trop obscur et son interprétation trop controversée, selon que l'on adopte telle ou telle ponctuation, pour que l'on puisse en déduire l'immutabilité accordée aux conventions matrimoniales relatives à la part d'acquêts.

Ce qu'il y a seulement de certain, c'est que, dans ces *libelli dotis*, le mari fixait la *dos* conventionnelle qu'il donnait à la femme et que cette *dos* devait *perpetualiter inconvulsa permanere*. Peut-on en déduire comme le voudrait M. Kuntz que l'on trouve dans la loi Ripuaire l'origine de l'immutabilité ? nous ne le pensons pas.

Était posée, par là, la règle de l'irrévocabilité de la donation faite par le mari et c'est tout. M. Planiol déclare bien, d'ailleurs « qu'il faut considérer ce texte comme étranger à la question, ses derniers mots ne sont qu'une garantie donnée à la femme contre la révocation arbitraire de la

si large de liberté du *libellus dotis* posée au n° 1 de la loi Ripuaire : *De dotibus mulierum*, n'a traité textuellement qu'à la constitution de *dos ex marito*. »

(1) Chap. XXXVII, § 2.

dot et ce texte se rapporte bien plus à l'histoire de l'irrévocabilité des donations qu'à celle de l'immutabilité des conventions matrimoniales » (1).

Peut-être serait-on arrêté, en ce sens, par cette idée que chez les Francs les donations étaient irrévocables ; en effet, ne connaissant pas le testament, ils pratiquaient seulement « la libéralité par actee ntre vifs et irrévocable » (2). Il pourrait donc sembler qu'il était inutile d'édicter un article spécial pour consacrer l'irrévocabilité d'une donation matrimoniale qui devait avoir ce caractère comme toutes les autres. A cela, on peut répondre que si pareil fait se rencontre dans nos Codes modernes où maint article est inutile et ne fait qu'exprimer une application d'une règle générale bien que ces Codes aient été préparés ordinairement avec le plus grand soin et par des juristes éclairés, à plus forte raison pareille redondance a-t-elle pu se produire à l'époque franque où la science juridique était si peu développée.

Par conséquent, nous pensons que la loi Ripuaire tendait seulement à assurer à la femme d'une façon immuable les droits que son mari lui a conférés sur sa dot. La généralité du texte permet bien au mari de régler à son gré les droits de la femme sur sa *dos*, d'y mettre telle condition, d'en fixer le quantum, mais c'est là tout ce qui peut en être déduit.

Aussi quand M. Kuntz admet qu'après le *libellus dotis* « il ne sera plus permis de modifier les clauses de cet acte soit en augmentant, soit en diminuant, les libéralités qui y sont inscrites », nous ne voyons pas les raisons qui ont pu amener pareille conviction... Il est certain que le

(1) *Précis de droit civil*, 5^e édit., t. III, § 813, n^o 1a.

(2) LEFEBVRE, *Droit des gens mariés*, p. 528.

mari ne pouvait diminuer les libéralités, par lui faites à la femme, mais il y a loin de là à en conclure l'immutabilité ; cette règle peut s'expliquer par l'irrévocabilité des donations entre époux sans faire intervenir aucune idée d'immutabilité. Et quant à l'impossibilité pour le mari d'augmenter les libéralités contenues par le *libellus dotis*, nous ne voyons pas comment l'établir en présence de la possibilité des donations entre époux largement développées chez les Germains, sans même la réserve défiante de la révocabilité admise par notre loi actuelle.

Cette augmentation de libéralités se faisait quotidiennement, on en a la preuve par les formules de donations entre époux qui nous ont été conservées.

Enfin le texte que cite M. Kuntz n'est nullement concluant en faveur de son opinion. De la comparaison de la première partie de la formule, qui rappelle les principes d'indissolubilité et de la fin, qui contient cette clause pénale, il conclut à l'influence de l'Eglise sur l'origine de notre principe. Nous sommes près d'adopter cette conséquence, pour d'autres raisons que nous verrons plus loin. Mais cette argumentation manque de base, car la partie finale de la formule, qui édicte une peine contre le téméraire qui *hunc dotis calumniaverit*, n'est aucunement amenée par une idée d'immutabilité, comme le croit M. Kuntz, mais seulement par le désir d'assurer l'irrévocabilité à la donation faite et la parfaite exécution de l'acte écrit qui a été passé. Pareille clause pénale destinée à assurer l'exécution des contrats, se retrouve dans une foule d'autres actes : vente (1), donation (2), disposition à cause de

(1) ZEUMER, *Form. Andeg.*, 25. *Form. Marc.*, II, 22. *Form. Turn.*, 40.

(2) ZEUMER, *Form. And.*, 58.

mort (1), dépôt (2), divorce (3), quittance (4), etc. A cette époque où les contrats reposaient surtout sur la bonne foi, on comprend l'utilité de ces stipulations pénales accessoires.

Enfin nous ne pensons pas pouvoir admettre l'origine ripuaire de notre règle par la considération suivante. Si l'immutabilité avait dès lors existé, on aurait dû la retrouver dans l'époque postérieure, dès avant le ^{xiii}^e siècle, où nous la voyons formulée. Du ^{viii}^e siècle au ^{xiii}^e siècle les conséquences, que M. Kuntz veut admettre, auraient dû se produire : il n'aurait pas été possible ni de modifier les libéralités contenues au contrat de mariage, ni de régler différemment la part de la femme dans les conquêts, lorsqu'un *libellus dotis* aurait été fait.

Or, dans cette période obscure aucun texte ne vient confirmer cette opinion. Nous trouvons même des documents postérieurs du ^x^e siècle, qui viennent au contraire prouver que l'immutabilité n'existait pas encore. Ce sont d'abord les deux chartes n^{os} 1412 et 1413 du riche cartulaire de Cluny rédigées à peu de jours d'intervalle. La première a certainement précédé le mariage : *sponsa mea... ego sponsus tuus...* dit le futur, qui par cet acte fait donation à sa fiancée de plusieurs de ses propriétés, en partie seulement. « Dans ces limites, je t'en donne la cinquième partie et des autres choses que j'ai en cette ville.... je t'en donne la troisième partie en dot » ; puis après avoir dit que ces biens iraient à l'héritier s'il y en avait un, il ajoute que, sinon « le conjoint survivant les

(1) ZEUMER, *Form. Marc.*, 10.

(2) ROZIÈRE, 463.

(3) ZEUMER, *Form. And.*, 57.

(4) « Evacuatoria ». ZEUMER, *Cartae Senon.*, 24. Roz., 380

possédera jusqu'à son décès après quoi les biens reviendront à mes parents ». Peu après la célébration du mariage (*Dilecta uxore mea... ego senior tuus*) le mari refait à sa femme donation des biens qu'il lui avait donnés en dot, mais cette fois il donne tous les biens dont il n'avait donné qu'un cinquième précédemment, puis stipulant à nouveau que les biens resteront au survivant, il déclare, cette fois, que celui-ci en fera ce qu'il voudra sans exiger le retour à ses propres héritiers (1), modifiant ainsi gravement sur ce point les conventions matrimoniales.

Deux pareilles chartes si rapprochées l'une de l'autre nous semblent bien incompréhensibles si l'on veut admettre que l'immutabilité ait dès lors existé.

Nous retrouvons dans le même recueil, de quelques an-

(1) Voici d'ailleurs les passages intéressants de ces deux textes.

CLUNY, t. II, n° 1412, année 975 : « *Dulcima adque multum amabile sponsa mea nomen Dominica. Ego Davit, sponsus tuus,.... propter amore, dono tibi aliquit de res meas que sunt sitas in pago Matisconense in agro Ibiacense in villa Ibiaco a Mulneto vocat. Oc est curtilus cum maso et vinea simul tenente qui terminat, a mane terra sancti Estefani, a medio die francorum et de ipsa hereditate, a sero sancta Maria Belmontese, a ciercio via puplica ; infra isto terminio quinta parcione tibi dono et alias res que in ipsa villa abeo : oc sunt campis, pratis, silvis, aquis aquarum decursibus omnia et ex omnia tercia parte tibi dono in doto. Dummodo simul vivimus usum et fructum abeamus si eres de nobis adfuerit ad illum perveniat et, si non, qualis par parem suum supravixerit abeat et possideat et post obitum suum ad propincos meos revertatur... »*

n° 1413, 29 juin 975. — « *Dilecta uxore mea, nomen Dominica. Ego Davit, senior tuus... propter amore dono tibi curtilo cum maso et vinea simul tenente : Est in pago,.... parcione mea que mihi odie advenerit totum tibi dono, et dono tibi vinea in Calo vocat, terminat de totas partes de ipsa ereditate ; infra isto terminio totum tibi dono dummodo simul vivimus et fructum abeamus qualis par parem suum supravixerit, abeat et possideat et faciat quid vult..... ».*

nées plus jeunes, deux autres chartes qui nous montrent que la participation de la femme aux biens *quod simul collaboraverunt* n'était pas immuablement fixée avant le contrat de mariage ; ce sont deux actes (1) passés entre deux époux de la famille de Bagé (que l'on retrouve en plusieurs circonstances dans ce recueil) (2), l'une avant le mariage, l'autre longtemps après.

La première du 2 septembre 994 contient seulement la *dotatio* de la femme ; nulle allusion n'y est faite à la part que la femme pourra prétendre dans les biens acquis durant le mariage. Mais la deuxième charte datée de 1004 ou de 1019 règle justement ce point omis. Après une donation de quelques nouveaux biens à sa femme, le mari continue : « Ensuite je lui donne tout ce que nous avons acquis ensemble et tout ce que nous pourrons acquérir dans la

(1) Nous reproduisons ici les parties intéressantes de ces deux chartes. CLUNY, t. III, n° 2265. 2 septembre 994 : « ...Proquo amore et antiquo more dono tibi karissime et amantissime sponse meae Ermengarde, per hujus sponcalicii auctoritatem, aliquid ex rebus meis qui sunt site in pago... Haec omnia superius comprehensa sicut infra scripta habentur, tibi dilectae sponse meae Ermengarde, cedo, trado atque transfondo perpetualiter ad habendum, vendendum, donandum seu liceat commutandum vel quicquid in eisdem vel de eisdem rebus libero arbitrio volueris faciendum... Si quis vero... ».

CLUNY, t. III, p. 656, n° 2605 (1004 ou 1019) ; « Dilectissime atque amabile conjugi mee Ermengarde. Ego Uduericus, vir ejus, pro amore et bona voluntate, concedo quasdam, res juris mei, sitas in pago... Posthec dono ei, omnia que simul conquesivimus et comparavimus et quicquid conquirere potuerimus inantea. Sunt autem he res in villis quarum nomina hec sunt : in Dipgiaco... et in villa curtis Urse, quod simul conquesivimus et in villa Privaties similiter. Igitur hec omnia supradicte uxori mee Ermengarde dono eo pacto ut in vita sua teneat et possideat. Post illius decessum ad infantes, qui de me et illa nati sunt et nascentur, he res perveniant. »

(2) V. CLUNY, t. III, p. 396 et 397 en note.

suite... Toutes ces choses je les donne à mon épouse Ermengarde afin qu'elle les tienne sa vie durant, mais après son décès, ces choses reviendront à nos enfants. » Aussi en présence de pareils documents il nous est bien difficile d'admettre avec M. Kuntz, qu'après le *libellus dotis*, il n'ait plus été possible « de modifier les clauses de cet acte soit en augmentant, soit en diminuant les libéralités qui y sont inscrites » (1).

Pareille théorie pourrait encore invoquer le témoignage de nombreux anciens auteurs qui dans les antécédents du principe de l'immutabilité citent la loi Ripuaire. Voyons-en quelques-uns à titre d'exemples.

L'auteur anonyme du *Traité des contrats de mariage* cite le texte de la loi Ripuaire comme étant un axiome admis généralement (2). Pierre de l'Hommeau déclare « sans que par après, elles pussent être changées, altérées ni révoquées par quelque paction que ce soit conformément à la loi Ripuaire ». Brodeau la mentionne parmi les textes sur lesquels il appuie les décisions jurisprudentielles résultant de l'immutabilité (3). Ferrière enfin déclare que « Telle était la disposition des anciennes lois Ripuaires *cum pacta debeant imitari naturam contractuum debet perpetualiter inconvulsum permanere* (4).

Non seulement la doctrine rappelait cette origine, mais les avocats, en leurs plaidoiries, disaient « on ne peut rien changer, ni réformer aux clauses du contrat de mariage, laquelle maxime est tellement ancienne et certaine qu'elle se trouve établie non-seulement par une loi ripuaire... » (5).

(1) *Revue générale*, année 1884, *loc. cit.*

(2) Chap. II, p. 31.

(3) Sous LOUET, lettre M, sommaire 4, n° 2, 2^e colonne, p. 110.

(4) *Corps et comp.*, sous Paris, 258, n° 2.

(5) Voir affaire des héritiers de Lanan contre Pinard tranchée par

Robert en l'un de ses plaidoyers déclare : « Ce qui a donc été accordé contre la teneur du contrat et contre la loy de la communauté par contraire convention, il doit être rescindé et annulé par l'ancien droit Ripuaire. Si quelqu'un, dit cette loy, a espousé femme, tout ce qu'il luy aura donné par contrat de mariage couché par écrit doit demeurer à perpétuité sans jamais rien changer » (1) ; la même source est encore invoquée par le même auteur en un autre endroit (2).

Ce ne sont pas là à notre avis de forts arguments en faveur de cette thèse, car si l'on veut fouiller les plaidoiries des avocats des xvi^e et xvii^e siècles, l'on y trouvera des arguments pour défendre toutes les théories possibles (3). On pourrait aussi bien prétendre que l'immutabilité vient du droit romain, car les avocats ou auteurs citent des textes des jurisconsultes romains, et cependant jamais le droit romain n'a établi notre principe. On ne peut donc faire sérieusement état de ces quelques opinions.

A notre avis, la loi Ripuaire a seulement établi la trans-

jugement du 17 mai 1677, *Journal des audiences*, t. III, liv. IV, chap. XVI, p. 232.

(1) *Arrêts et choses jugées*, liv. IV, chap. I, p. 518.

(2) Liv. I, chap. II, p. 13.

(3) Nous avons lu un bon nombre de ces plaidoiries, ce n'est qu'un fatras obscur, un mélange de citations de toutes sortes, plus ou moins mal reliées les unes aux autres. A cette lecture on comprend la boutade de Racine « Avocat, passez au déluge ! » et l'on juge de la vérité historique des Plaideurs. C'est ainsi que dans Robert (*op. cit.*, liv. I, chap. II), sur la question de savoir si une contre-lettre est nulle en mariage (V. p. 12), la plaidoirie remonta jusqu'aux noces de Médée, à celles des filles de Laban, puis de Constantin et parla du 13^e canon du Concile de Laodicée, qui semble bien étonné de se trouver aussi rappelé, peu après des déclarations passionnées empruntées aux Métamorphoses d'Ovide (liv. XIII).

mission irrévocable de la *dos* constituée par le mari. Il y avait bien là, nous le reconnaissons, une certaine idée de stabilité ; mais il y a loin de cette idée à la règle de l'immutabilité, telle qu'elle sera reçue plus tard. Et pas plus que le droit romain, la loi Ripuaire ne s'était souciée de notre question.

CHAPITRE II

L'ORIGINE COUTUMIÈRE

(ÉTUDE DE L'IMMUTABILITÉ DU XIV^e AU XVI^e SIÈCLE).

Puisque l'immutabilité des conventions matrimoniales n'est établie par aucun des droits écrits, sources ordinaires de nos institutions, que d'autre part au XVI^e siècle la règle est admise par tous, où donc chercher son origine ?

C'est dans la coutume, cette source profonde qui, durant tout notre ancien droit, a joué un rôle capital. Et ce n'est pas à notre avis par une brusque apparition que s'est manifesté notre principe, mais par une lente élaboration subissant l'influence des modifications de nombreuses institutions voisines. C'est là une période fort obscure à étudier, que celle qui a précédé la rédaction des coutumes.

Aucun corps de droit ne réunissait alors les éléments épars de la législation. Des usages, fruits de besoins sociaux ou de longues habitudes, recueillis dans les ouvrages de quelques jurisconsultes, dépourvus de toute autorité législative, constatés par des arrêts qu'on se contentait de confier à la mémoire des hommes formaient le droit civil de la nation (1). Voilà les faibles sources que nous possédions, aussi rien d'extraordinaire à ce que nos recherches n'aient pas été très fructueuses. Cependant, nous pensons pouvoir situer aux XIII^e et XIV^e siècles l'établissement de notre principe dans les mœurs. Afin de rendre

(1) MARNIER, *Très ancien Coutumier de Picardie*, préface, p. 2.

cet exposé plus clair, nous étudierons cette longue période coutumière en deux sections distinctes.

SECTION I. — Le XIII^e siècle.

Un court aperçu sur l'organisation générale du droit matrimonial à cette époque nous facilitera notre étude.

Le droit matrimonial des Francs avait laissé deux institutions, le douaire et la communauté.

Le *douaire*, tel que nous le trouvons au XIII^e siècle, en système bien organisé, venait de plusieurs sources : 1^o de la *donatio ante nuptias* des Gallo-Romains très usitée au V^e siècle ainsi qu'en témoignent le Code Théodosien, la loi romaine des Wisigoths (1) et la loi romaine des Burgondes (2), puis les formules d'Angers (3) et de Tours (4); 2^o des deux institutions franques : la *dos* et le *morgengab*, fondues ensemble par suite du caractère intime du *morgengab* et de l'influence de l'Eglise qui lui reprochait d'être le *pretium virginitatis* (5). Ce furent même surtout là les sources principales du douaire ; de présents nuptiaux, à *datio* immédiate, faits *pro honore*, *pro dilectione*, ils devinrent une large libéralité de prévoyance affectueuse faite en vue du décès et dans des proportions bien plus considérables.

C'est dans cet état que le douaire nous apparaît au XIII^e siècle avec des caractères bien dessinés, adapté à ce

(1) Liv. III, tit. I, chap. V.

(2) Tit. XII.

(3) Nos 1, 40, 54.

(4) Nos 14 et s.

(5) GLASSON, t. III, p. 205.

rôle de mesure de prévoyance qu'on attend de lui. C'était alors une jouissance viagère, véritable usufruit, quoique le mot ne soit pas dit expressément, conféré légalement ou selon les conventions matrimoniales, aux veuves dans la plupart des immeubles propres du mari défunt, lesquels se trouvaient affectés à ce douaire dès le jour du mariage (1). Ce « viage », comme dit Beaumanoir, portait en général sur la moitié des immeubles du mari, soit de ceux qu'il a apportés en mariage soit de ceux qu'il a recueillis par succession en ligne directe.

La *communauté* érigée, au XIII^e siècle, en un régime matrimonial parfaitement cohérent, dérivait, quant aux conquêts, de l'usage germanique de *collaboratio* consacré par la loi Ripuaire (2), généralisé par le capitulaire de 821 et quant aux meubles et aux dettes, des progrès de l'idée de concours, de l'association complète entre les époux sous la toute puissante influence du sentiment chrétien.

Dès le commencement du XIII^e siècle, la communauté se présente comme une société véritable de biens et d'intérêts, dans laquelle la puissance maritale, tout en maintenant à la femme son caractère d'associée, la rend cependant subordonnée, société aussi dont la composition, le fonctionnement et la liquidation, après dissolution, étaient dominés par l'antique distinction fondamentale des Immeubles et des Meubles. En vertu de cette distinction, tandis que tous les meubles tombaient en communauté ainsi que les dettes, les immeubles apportés en mariage ou recueillis par succession familiale restaient propres, et ceux acquis au cours du mariage, quoique appartenant par moitié aux deux époux à titre de conquêts, suivaient

(1) LEFEBVRE, *Droit des gens mariés*, p. 466.

(2) Tit. XXXVII.

des règles bien différentes de celles des meubles. Selon la même division, le mari seigneur et maître presque absolu des meubles et de la jouissance commune des immeubles, ne peut aliéner ni engager, sans le concours de sa femme, le tréfonds des immeubles, fussent-ils même conquêts.

Quelles étaient à cette époque les conventions matrimoniales ? jouissaient-elles de l'immutabilité ? Deux points que nous verrons quant aux conventions relatives au régime des biens, aux apports respectifs des époux et au douaire.

§ 1^{er}. — Conventions sur le régime des biens.

Une question primordiale se pose, que nous ne voulons pas étudier en détail, comme étant hors de notre sujet : De pareilles conventions étaient-elles libres ?

La réponse est controversée, mais la négative semble préférable. En effet au XIII^e siècle, la communauté, telle que l'ont bâtie les siècles précédents est un régime qui découle de droit, du mariage. Beaumanoir déclare « chascuns set que compaignie se fet par mariage, car si tost comme mariage est fes, li bien de l'un et de l'autre sont communs par la vertu du mariage » (1), et l'on ne trouve pas dans son œuvre d'indices d'un autre régime matrimonial possible.

Cela se comprend assez facilement. Les sentiments chrétiens, si puissants, qui avaient créé ce régime de communauté et l'avaient organisé comme une conséquence normale du lien du mariage, ne concevaient pas alors

(1) BEAUMANOIR, édit. Salmon, chap. XXI, n° 622.

qu'on pût s'en écarter ; tel la coutume l'avait organisé, tel les époux devaient adopter ce statut matrimonial sans pouvoir y déroger gravement.

Cette même idée assurait, remarquons-le, l'irrévocabilité de ce régime. Nous ne pouvons pas dire, l'immutabilité des conventions matrimoniales, puisque ce régime était alors de droit, les époux n'avaient pas à statuer sur lui, dans leur contrat de mariage. Mais c'est là un fait qu'il faut bien remarquer, le régime légal imposé par la coutume ne pouvait pas être modifié durant le mariage, quelque inconvénient qu'il en résultât pour l'un des époux.

Aussi pour la femme nous ne trouvons pas au XIII^e siècle le bénéfice de la séparation de biens judiciaire.

Beaumanoir déclare que « tout soit que la fame i voie perte tout apertement, si convient il qu'ele en suefre la volonté de son seigneur » (1). Ainsi nul moyen pour les époux d'écarter durant le mariage le régime de communauté.

Ils ne pouvaient même pas user d'un détour pour obtenir la fin de la communauté et se faire séparer de corps quittes à vivre ensuite ensemble. La séparation de corps existait bien, (encore que « mout doit preude fame souffrir et endurer avant qu'ele se mete hors de la compaignie de son mari ») (2) mais elle laissait subsister le mariage avec toutes ses conséquences et parmi celles-ci la communauté. On a soutenu cependant que la séparation de biens existait comme accessoire de la séparation de corps, en invoquant deux passages des *Assises de Jérusalem*, mais ces textes (3)

(1) BEAUMANOIR, chap. XXI, n° 622.

(2) BEAUMANOIR, chap. LVII, n° 1629.

(3) *Assises de Jérusalem*, Cour des Bourgeois, chap. CLXXI, t. II,

semblent bien plutôt établir de simples mesures conservatoires du douaire pour la femme au cas de survie, d'ailleurs la rubrique du chapitre porte « Ici orres la raison par quel chose peut la feme demander son douaire et le det aver en la vie de son baron » et, pour repousser cette séparation de biens accessoire, Beaumanoir est formel « se fame requiert que division li soit fête des biens son mari, le vivant de son mari, l'on ne doit pas obeïr à sa requeste car li mari de droit commun est sires de ses biens et des biens de sa fame (1) ».

La femme cependant ne restera pas sans recours contre les mauvais traitements de son mari ou la perte de ses biens. Il est des cas « quant les resons sont resnables, quant li mari les menacent à tuer ou à afoler, ou quant li mari veut vendre l'éritage sa fame ou son douaire par force et pource qu'ele ne si veut accorder, il li mène si mauvaise vie qu'ele ne puet durer ou quant il la boute hors, par sa volonté sans le mesfet à la fame ou quant ele s'en part pour ce qu'il tient autre fame avec li en sa meson à la veüe et à la seüe des voisins, » dans tous ces cas la séparation étant amenée par la faute du mari, la justice l'oblige à fournir à sa femme une sorte de pension alimentaire. « Pour tous tens cas doit estre la fame escusée s'ele s'esloigne de son mari et puet requerre à justice qu'elle ait des biens communs pour sa soustenance ; et la justice le

p. 116 : « Bien sachês que c'il avient que uns home qui ait feme commence à guier (juer) et a bevre et au manger et a destruire canque il a si qu'il commence par se a apourir, la raison commande que la feme peut bien demander son douaire. Et es tenus ces maris, par dreit, de metre son douaire ou le vaillant en la main de proudes homes ou en tel leue qui sée sauf à celui ou à cele qui avoir le devra car ce est dreit et raeson par l'asise et par la lei de Jérusalem... »

(1) Chap. LVII, n° 1627.

doit fère soufisaument. » Mais tout aussitôt, Beaumanoir rappelle qu'il n'est pas question, par là, de dissoudre la communauté mais simplement d'assurer la subsistance de la femme. « Nepourquant il n'i a nule division comme de moitié ne de quart, neis les despueilles de son propre éritage n'en porteroit ele pas selonc nostre coustume, donques convient il qu'eles soient secourues par l'office as juges et selonc leur loïal estimacion (1). »

Ainsi, même au cas où les époux sont désunis, la communauté subsiste entre eux et cela confirme bien, à notre sens, cette idée du régime matrimonial, conséquence inévitable du mariage et participant à l'immutabilité même du lien principal, puisque ici, malgré leur séparation, les époux restaient indissolublement unis l'un à l'autre.

Les autres rares sources, que nous ayons sur cette époque, ne prévoient pas d'autre régime possible. Les *Olim* n'offrent pas trace d'autres combinaisons et leurs arrêts visent toujours les meubles et conquêts tenus pour communs.

Ce caractère obligatoire du régime dispensait les époux de le prévoir et de fait au xiii^e siècle, les conventions matrimoniales visaient principalement le douaire des femmes et leurs apports.

§ 2. — Conventions relatives aux apports des époux.

Ici, les époux n'étaient plus enserrés par la coutume et la liberté des conventions matrimoniales existait sur ce point.

On trouve dès le xii^e siècle des clauses des contrats de

(1) Tous ces textes viennent de BEAUMANOIR, chap. LVII, n° 1629.

mariage réglant le sort des apports mobiliers de la femme.

Le caractère obligatoire et immuable de la communauté faisait que les parents songeaient aux dangers qu'elle présentait pour le cas où, l'accord se rompant, le ménage devait être séparé ; de plus les pouvoirs absolus du mari sur les meubles de la communauté inspiraient aux parents de la jeune fille quelques mesures de prévoyance pour sa sécurité pécuniaire. Pour cela, on excluait quelque portion de l'apport de la femme, en stipulant l'emploi ou la restitution : « Si une fame bien riche prenoit un home bien povre et ele se morust, si avroit il la moitié des meubles » ou « si aucun home qui avroit granz meubles prenoit une fame qui n'eüst riens et si hom se morust, tout n'aüssent il nul oir, si avroit la fame la moitié des muebles » (1); il était alors urgent d'éviter que, par le partage de la communauté, les biens d'une famille passent à l'autre. D'où l'insertion au contrat, des clauses dont nous parlions.

La liberté pour les futurs époux d'insérer de pareilles clauses est certaine dès le xiii^e siècle (2). Dira-t-on que dès lors, le principe de la liberté des conventions matrimoniales ait existé ? Oui et non, selon l'acception que l'on donne à ces mots « liberté des conventions matrimoniales ». Si l'on entend par là le droit pour les futurs époux d'adopter n'importe quelles règles pour leurs biens, fut-ce même quelques-unes de ces clauses qui seront usitées plus tard, non. Mais si on veut dire que les époux avaient le droit de soustraire tels de leurs biens aux règles du ré

(1) *Etablissements de Saint-Louis*, liv. I, chap. CXLIII.

(2) On trouvera de nombreux documents sur ce point dans la thèse de M. OLLIER, *De la liberté pour les futurs époux de fixer leur régime matrimonial dans l'ancien droit*, Paris, 1902.

gime légal, de régler comme ils l'entendaient les proportions respectives de leurs patrimoines propres et du patrimoine possédé en commun, alors il faut reconnaître que, dès le ^{xiii}^e siècle, ils en avaient la latitude.

Pour cela, les parents stipulaient le caractère propre de telle partie de la dot, qui aurait dû être commune, étant constituée le plus souvent en deniers, dont on trouvait alors difficilement un placement productif (1). Cette stipulation de propres pure et simple donnait à la femme le droit d'en réclamer la valeur totale à la dissolution de la communauté et avant partage. Mais la femme était alors sans garanties hypothécaires. Aussi pour assurer l'exécution de la stipulation, les parents y ajoutaient-ils la clause d'emploi des deniers dotaux, en tout ou en partie, à l'achat d'un immeuble, terre ou rente, qui serait propre et afin de bien assurer cet emploi, les fonds étaient déposés ordinairement aux mains de tiers convenus, fréquemment les Templiers (2).

A défaut de la clause d'emploi, qui empêchait que le mari garde l'argent disponible entre ses mains, ce qui pouvait être utile même dans l'intérêt commun, les droits de la femme étaient garantis par une autre clause stipulée en son contrat de mariage ; le droit de se mettre en possession des immeubles du mari et de les retenir jusqu'à paiement, clause qui très usitée, au ^{xvi}^e siècle, en Bourgogne et Nivernais y sera appelée « Assignal de la dot ». Enfin pour les meubles meublants il ne pouvait être ques-

(1) Thèse OLLIER, p. 9.

(2) Voir sur ces clauses : 1^o Coutume d'Amiens de 1249, art. 70 dans THIERRY, *Monuments inédits de l'Histoire du Tiers-Etat*, série I, t. I, 2^o le contrat de mariage de Blanche d'Artois, 1269, dans Leop. DELISLE, *Mém. de l'Acad. des inscriptions*, t. XXXIII.

tion d'emploi ni d'assignal : pour eux la propriété elle-même en restait à la femme comme propres parfaits.

Mais de telles conventions passées dans le contrat de mariage étaient-elles immuables ? C'est ce qui nous reste à étudier.

D'abord il est bien certain que, sur ces biens stipulés propres, le mari ne pouvait pas agir contre la teneur du contrat de mariage, au préjudice des droits de la femme et sans son consentement. Un arrêt de 1279 (1) statuant sur des biens qui, « appartenant à Alipide de Foillet, furent aliénés par son mari Jean, *contra tenorem quarumdam conventionum factarum in tractatu maritaggi, inter eos, jure quod dictus Johannes nihil potuit obligare vel alienare de hereditate dicte Alipidis* ». C'était le respect de ces conventions assuré à un point de vue. C'est ce que dit encore *Jostice et Plet*. « Li doere ne puet etre encombriez ni l'éritage à la feme, ne sa part des conqueuz, s'ele ne l'otroie (2)... L'on ne puet changier les choses sa feme, si ce n'est par son octroi (3) ». Et pour la Normandie, les *Etablissements et Coutumes* du XIII^e siècle portent « que si l'époux de la veuve a engagé le mariage ou la dot de son épouse, de son vivant, même en se forjurant, elle ne sera pas tenue d'obéir à l'ordre de son mari » (4). Enfin Beaumanoir lui-même nous dit : « Mes voirs est que le tresfons de l'éritage qui est de par la fame, ne puet li maris vendre, si ce n'est de l'otroi et de la volenté sa fame » (5).

(1) *Olim*, t. II, XXXVII, p. 151.

(2) *Jostice et Plet*, liv. VIII, tit. III, § 2.

(3) *Jostice et Plet*, liv. IX, tit. I, § 4.

(4) *Etablissements et Coutumes de Normandie au XIII^e siècle*, édit. Marnier, p. 6.

(5) Ch. XXI, n° 622.

Par la nécessité du consentement de la femme ses droits étaient garantis. Il lui appartenait de refuser son consentement aux aliénations de ses droits propres ; si elle y avait consenti, l'aliénation était parfaitement valable, tant au regard des époux que du tiers acquéreur.

Il est à remarquer que, d'abord, le prix d'aliénation du propre de la femme tombait définitivement en communauté sans charge de récompense, c'est ce qui faisait dire couramment : « Le mari se doit relever trois fois la nuit, pour vendre le bien de sa femme » (1). La femme n'avait donc droit à aucune indemnité, elle n'avait que son droit au partage lors de la dissolution de la communauté. Laurière exposera plus tard clairement les inconvénients de cette solution. « Quand la femme avait consenti à la vente, le prix du propre vendu tombait dans la communauté dont la femme suivait le sort : en sorte que, si la communauté était bonne, elle en profitait parce que, par le partage elle retirait le prix du propre vendu et au delà, si elle était mauvaise, elle ne pouvait s'en prendre qu'à elle-même, puisqu'elle pouvait garder son propre qui ne pouvait être aliéné malgré elle. Quant au mari, si la communauté était mauvaise il avait profité du prix de ce propre, puisque, n'y ayant pas d'action de remploi contre lui, il ne le rendait pas ; et si la communauté était bonne, il y avait plus que sa femme ou ses héritiers puisqu'ils se payaient sur leur moitié dans la communauté du prix du propre aliéné » (2).

Il y avait donc ainsi un moyen pour les époux de rompre l'équilibre établi par leur contrat de mariage et d'y

(1) Adage rapporté par LOYSEL, *Instit. Cout.*, liv. I, tit. II, § 14, n° 116, comme ancien, « ce qui se disait jadis ».

(2) Notes sous LOYSEL, *Institutes*, liv. I, tit. II, § 14, n° 116.

contrevenir indirectement, mais dès la fin du XIII^e siècle, on obvie à ses inconvénients pour les cas alors rares, de vente des biens propres de la femme (1). Déjà, pour ces cas là, se manifeste la préoccupation d'assurer par une clause de remploi ou par des récompenses, le respect des proportions entre les biens propres et les biens communs établie par les conventions matrimoniales. La première était mise, par la femme, comme une condition à son consentement lors de l'aliénation. Les secondes existaient dès la fin du XIII^e siècle. *Jostice et Plet* nous fournit un texte qui nous entretient de la compensation qu'un mari doit à sa femme dont le propre a été vendu et du contrepoids qu'il doit lui fournir sur des biens propres à lui (2). Au recueil des *Olim* nous trouvons des arrêts de 1284, 1298, 1304 et 1315 qui nous rapportent de pareils cas de récompenses dont deux, pour établissement d'un enfant commun avec une terre propre à la mère (3).

Il y avait encore une autre atteinte portée aux conventions matrimoniales, par suite de la possibilité des donations entre époux. D'inspiration germanique, grandement fortifiée et soutenue par l'influence chrétienne, elles avaient été toujours nombreuses ainsi qu'en témoignent cartulaires et formules,

Elles affectaient le plus souvent la forme du don mutuel qui se maintint dans tout l'ancien droit même aux siècles

(1) Sur les raisons de la rareté de la vente des immeubles, V. LEFEBVRE, *Droit des gens mariés*, p. 366.

(2) V. *Jostice et Plet*, titre XVI, § 1, p. 243.

(3) V. *Olim*, t. II, arrêt de 1284, p. 237, n° 11 ; arrêt de 1298, p. 424, n° 17 ; arrêt de 1304, p. 468, n° 3 et t. III, arrêt de 1315, 2^e partie, p. 955, n° 21.

où le principe de l'immutabilité était pleinement admis.

Quant aux libéralités simples, celles testamentaires étaient certainement permises. « Ce que l'on puet lessier à estrange persone, puet en lessier à un de ses enfans et à sa feme mesmes », nous affirme P. De Fontaines (1). Et Beaumanoir affirme plus longuement cette même possibilité. « Il est coustume bien aprouvée que li hons toutes ces choses dessus dites puet lessier à sa fame ou la fame à son seigneur (2). » Il est certain que par de pareilles dispositions les époux arrivaient à faire passer des biens d'une famille à l'autre, mais ce principe de la conservation des biens dans la famille n'était pas tel qu'il en arrivât à ôter toute liberté aux époux. Nous avons vu les parents stipuler certaines clauses pour assurer le respect de cette idée durant le mariage, mais le testament produisait son effet après la dissolution du mariage et n'altérait en rien la proportion des divers patrimoines durant le mariage.

Chose singulière, ni P. de Fontaines, ni Beaumanoir ne soufflent mot des donations entre époux par actes entre vifs. Étaient-elles possibles ? L'affirmative est admise généralement par ce fait que Beaumanoir étudiant les « dons qui ne sont pas à tenir » (3) n'a pas mentionné les libéralités entre époux.

Bien qu'à cet égard, il y eût possibilité pour les époux de modifier, même durant le mariage, leurs situations pécuniaires respectives, cela était amené par une influence autrement puissante que ne l'était l'immutabilité, que, d'ailleurs, nous croyons naissante à cette époque, mais non encore développée avec toutes ses conséquences.

(1) *Conseil d'un amy*. Edit. Marnier, ch. XXXIII, n° 14.

(2) Chap. XII, n° 366 ; voir aussi aux n° 374, 414, 422 dans tous les cas de legs entre époux.

(3) Chap. LXX.

L'influence chrétienne, qui avait établi cette large communion de pensées, de sentiments et de biens entre époux chrétiens, et avait développé cet usage des libéralités entre époux, était encore trop forte.

Mais autrement, toutes les modifications aux conventions matrimoniales nous semblent impossibles.

Nous avons, en ce sens, un texte formel de P. de Fontaines dans son *Conseil à un Amy* : « Ne convenance qui soit fete entre home et fame en mariage ne puet estre quitée tant comme li mariage durt (1) », texte qui doit être daté du milieu du XIII^e siècle (2) et ce texte nous semble d'autant plus concluant qu'il suit immédiatement un passage, dans lequel se trouve rappelée la liberté des conventions matrimoniales relatives aux apports. Dans le même chapitre P. de Fontaines répondait à la question qu'il se faisait poser par son « amy », l'assignal de la dot est-il valable ? « Or me demande se tex convenance vaut par nostre usage ? Et certes, oïl bien, sauve la sostenance as enfants qu'il y avoient ainz que li mariages fust fez et sauf le mariage as serors si li pere l'avoit divisé, car fame puet-il bien prendre par noiant s'il vout et sa terre obligier por sa dette toute ou partie, sauves les devant dites choses.... Et s'il n'avoit ni frère ni seror, ne point n'eust de dette ni de par li, ni de par son père, se le peust il bien fère car aussi bien puet-il fère convenance à celi qu'il vielt prendre, ainz qu'il l'espeust come à un autre. »

Or, aussitôt après avoir rappelé ce principe de liberté, De Fontaines formule la règle de l'immutabilité, comme une suite naturelle à la matière qu'il vient de traiter et remar-

(1) *Conseil*. Edit. Marnier, chap. XV, n° 9.

(2) Vers 1253, *Conseil*. Edit. Marnier, Introd., p. 2.

quons qu'il ne l'énonce pas comme une question qui soit controversée, il ne recourt pas ici à ces formules interrogatives dont il fait précéder les points controversés, non, c'est comme un point admis, qu'il déclare que les conventions du contrat de mariage « ne puet estre quitée tant come li mariage durt ».

Un peu plus tard (1) Beaumanoir viendra déclarer que « les convenances faites par derrière les parties à aucunes « des personnes qui se doivent marier ne doivent pas tenir, « car eles sont fêtes en décevant autrui, laquel cose ne doit « estre souferte ».

Puis il expose une longue espèce d'une contre-lettre faite avant le mariage entre le père et le fils, contraire aux conventions matrimoniales. Sans doute la nullité de pareille contre-lettre aurait pu résulter de raisons tout à fait étrangères à l'immutabilité des conventions matrimoniales, mais, comme nous le verrons, la distinction qui tend à se faire de nos jours entre la théorie des contre-lettres antérieures au mariage et l'immutabilité n'a pas toujours existé. Aussi La Thaumassière, commentant Beaumanoir, rappelle-t-il indistinctement dans ses notes, l'article 258 de la Coutume de Paris et le texte cité plus haut de Pierre De Fontaines. Pour lui, ces deux sortes de changements sont seule et même chose et, sans hésiter, rappelant le texte de Beaumanoir « convenances faites par derrière », il déclare : « de là vient la règle du droit coutumier qu'en mariage toutes contre-lettres sont défendues ». Et, de fait, c'est le premier texte, que nous ayons rencontré, s'occupant des contre-lettres en matière de mariage.

Bien que nous pensions que l'immutabilité vise seule-

(1) Vers 1279-1283, édit. Salmon, Introduction, p. 16 ; VIOLETT, *Précis*, p. 184.

ment les modifications postérieures au mariage, nous étudierons ce texte de Beaumanoir, fort intéressant.

Voici l'espèce :

« Pierres avoit un fil, lequel il vout marier à la fille de
 « Jehan et avant que les plevines (ou plevisailles) ne les
 « espousailles fussent fêtes il firent convenances entre li
 « et son fil, en tele maniere qu'il metroit son fil es ho-
 « mages de toute sa terre par tel condicion qu'il joïroit
 « de la moitié des fruits toute sa vie, et de l'autre moitié
 « le fuis li jura que, si tost comme il avroit espousé il li
 « rendroit la moitié des fruis sa vie, si qu'il ne tenroit
 « que le quart des fruis de l'eritage et li peres les iii pars.
 « Et quand ce vint as convenances du mariage li pères et li
 « fuis celèrent cel quart que li fuis devoit rendre au père
 « et s'accorderent li ami a la damoisele au mariage pour
 « ce qu'il fu pleinement enconvenancié qui li fuis seroit
 « en l'homage de tout et exploitans de la moitié » (1).

Ce sont bien des conventions relatives aux apports des époux. le père donnait un immeuble à son fils ; d'après les règles de la communauté, la jouissance devait en être commune, cependant, par contrat de mariage, il fut stipulé que le père garderait la moitié des fruits sa vie durant ; l'apport du mari à la communauté était donc réduit.

« Et quand ce vint après les espousailles li fuis delivra
 « au père les iii pars des fruis si comme il eut convent.
 « Quant li ami à la damoisele virent que le fuis n'en estoit
 « tenans ne prenans que du quart et, il le devoit estre de
 « la moitié des fruis, il sivirent le père de la convenance. »
 Que réclament-ils ? L'exécution des conventions matrimoniales, c'est bien ce qui résulte des derniers mots.

(1) Chap. XXXIV, n° 1052.

« A ce, respondi li pères qu'il connoissoit bien les convenances, mes se ses fuis lui vouloit fère bonté, bien le pouoit fère et convenancié li avoit a fère en ceste manière avant les convenances du mariage. Et seur ce se mistrent en droit, se les premières convenances que li pères et li fuis firent ensemble seroient tenues. »

La contre-lettre, qui avait été faite, était d'une nature particulière. Nous avons rappelé que le mari était maître absolu des meubles de communauté et de la jouissance absolue des immeubles. Or, de quoi avait-il disposé ici ? Uniquement des fruits des immeubles. Aussi comprend-on bien que l'on ait répondu « qu'il estoit en la volonté du fil de tenir la première convenance ou du non tenir, car on ne li puet beaus veir qu'il ne fist sa volenté et courtoisie à son père de ce qui sien estoit, s'il li pleust. » Remarquons avec quelle force Beaumanoir affirme la pleine puissance du mari sur des fruits qui devaient tomber en communauté « ce qui sien estoit », dit-il. Aussi il semble bien qu'aucun obstacle n'ait pu s'opposer à l'exécution de la convention passée entre le père et le fils.

Cependant elle se présentait avec un caractère fâcheux, elle était une entorse aux conventions ostensibles du contrat de mariage, c'était une condition qui, connue, aurait peut-être empêché le mariage de se conclure. Aussi, à cause de ce caractère frauduleux, fut-il laissé au fils toute liberté de ne pas exécuter ce qu'il avait promis (1). « Ne pourquant il fut regardé que la première convenance fu fete par fraude tout clèrement, si que li fuis ne tenist point de la convenance s'il li pleust, ainçois convenist qu'il eust la moitié des fruis si comme il fu convenancié au mariage. »

(1) Ch. XXXIV, n° 1053.

En tout cas, il fut bien rappelé que quel que fût le parti auquel le fils s'arrêterait, l'intégrité du douaire de la femme était hors de doute « car la fraude fete devant les espou-
« sailles de son mari ne lui nuisist pas, à avoir le droit de
« son douaire selonc ce qui fut convenancié en la conve-
« nance du mariage ».

Sans doute, pour nous qui distinguons maintenant les contre-lettres antérieures et les postérieures, l'espèce visée par Beaumanoir est étrangère à l'immutabilité, mais pour les auteurs du xvi^e siècle cela n'était pas si éloigné. D'ailleurs Beaumanoir avant cette espèce particulière dit bien :
« Mout de fraudes sont fêtes en convenances de mariages », sans distinguer l'époque où elles ont été commises, ni au préjudice de qui, des parents ou des époux, qu'il semble d'ailleurs réunir, peu après, sous le nom générique de « parties » (1), et quelles que soient ces fraudes « par tout là
« où elles sont conneues ou prouvées l'en ne les doit pas
« souffrir. »

De tout ceci, nous concluons que les conventions matrimoniales fixaient, de façon définitive, l'équilibre entre les deux patrimoines propres et celui de la communauté.

§ 3. — Conventions relatives au douaire.

Le douaire, avons-nous dit, se présente au xiii^e siècle complètement organisé. Il est même, alors, légal, en ce que dans la plupart des coutumes, si le mari n'a rien dit, la femme jouit cependant d'un douaire dit *coutumier*;

(1) Terme qui devait d'ailleurs avoir le même sens général dans notre Code civil, art. 1396.

D'après De Fontaines (1), et Beaumanoir (2), ce serait Philippe-Auguste qui, par un établissement perdu et daté approximativement de 1214, aurait institué ce douaire légal.

Mais le douaire pouvait être aussi établi par les conventions matrimoniales. C'était sans doute le seul mode avant cet établissement ; même après, l'usage fréquent se continua de fixer un douaire conventionnel ou préfix, d'après des bases différentes de la quotité légale ou d'en modifier l'assiette.

Voyons donc si ce douaire, certainement compris dans les conventions matrimoniales, bénéficiait de l'immutabilité, que nous avons déjà vu se manifester par ailleurs. Nous croyons pouvoir ainsi résumer le résultat de nos recherches :— A. la quotité était fixée immuablement par le contrat, mais — B. l'assiette du douaire pouvait être modifiée et — C. la femme, par suite de ses renonciations, pouvait arriver à être privée totalement de son douaire.

A. — Que la quotité du douaire soit fixée immuablement par le contrat de mariage, cela nous semble résulter de divers textes.

Beaumanoir d'abord nous parlant du douaire préfix nous dit « Et devant cest establissement du roi Phelippe
« nule fame n'avoit douaire, fors tel commē il estoit
« convenancié au marier. Et bien apert que la coustume
« estoit tel anciennement par une parole que li prestres fet
« dire à l'homme quant il espouse, car il li dit « Du douaire
« qui est devisés entre mes amis et les tiens te deu » (3).

(1) Ch. XXI, n° 45.

(2) Ch. XIII, n° 445.

(3) Chap. XIII, n° 445.

D'après Beaumanoir, le douaire était ce qui avait été convenu « au marier » et par son expression restrictive, « fors tel », il semble bien bannir toute autre fixation du douaire. De plus à quelles cérémonies concomitantes de cette fixation fait-il allusion ? A celles mêmes du mariage religieux, revêtu dès lors, dans les mœurs, d'une si haute majesté et créant un lien indissoluble. Les paroles que Beaumanoir vise, comme relatives à la constitution du douaire, étaient dites avant le mariage, « a huys de moustier », et l'Eglise refusait toute bénédiction nuptiale si ce douaire n'avait pas été constitué.

L'ancienne coutume de Normandie, composée vers 1270(1), nous dit : « Moins que le tiers peut avoir femme en « douaire *selon les convenances des espousailles* car se la « femme ottroya et consentit *ès espousailles* que elle fut « douée de chastel ou de une pièce de terre qui fut nom- « mée, ce lui doit suffire après la mort son mary, puis- « que elle *si consentit ès espousailles* (2). » Ce texte n'insiste-t-il pas pour prévoir le douaire, seulement selon la quotité prévue *aux convenances des espousailles* ? et nous ne voyons nulle allusion à une fixation postérieure. Si une difficulté surgit relativement à ce douaire conventionnel c'est « par le record de ceulx qui furent *aux espousailles* » que « peut douaire estre reclamé ou deffendu pour tant « que le douaire fut déterminé *aux espousailles* de chastel « ou de certaines pièces de terre (3) ». Encore ici cette coutume ne vise, comme douaire possible conventionnellement, que celui fixé par les convenances des mariages.

(1) Voir édition de GRUCHY, préface, p. 8.

(2) *Ancienne coutume de Normandie*, [édit. GRUCHY, II^e Distinction, ch. ci, *De brief de douaire à feme*, p. 248.

(3) *Ibid.*, p. 251.

Nulle part ailleurs ne se trouve la possibilité d'un douaire conventionnel, dont la quotité eut été fixée ou modifiée après le mariage. Pourtant, il semble bien que la question de preuves de pareil douaire, s'il eût existé, eût été intéressante à trancher, et cependant ce sont seulement des modes de preuves qui présupposent une fixation contemporaine du mariage que nous trouvons visés (1).

Le nom même, sous lequel les anciens auteurs ont pris l'habitude de désigner ce douaire conventionnel, *préfix*, n'évoque-t-il pas, de suite, l'idée d'une fixation antérieure au mariage et correspond bien au « *convenancié au marier* » de Beaumanoir.

Enfin Beaumanoir nous dit que « Douaire est acquis à « la fame si tost comme loiaus mariages et compaignie « charnele est fête entre li et son mari et autrement non (2). » Remarquons, d'abord, l'insistance finale pour exclure tout autre instant d'acquisition du droit au douaire. En outre, si la naissance du droit de la femme, dès la consommation du mariage se conçoit pour un douaire fixé dès le mariage, par un contrat préalable, ou, sinon, par la loi, cette solution est incompréhensible si l'on admet une modification postérieure au mariage ou, ce qui y équivaut, une constitution postérieure de douaire.

Nous avouons que nous avons trouvé des textes troublants à première vue, mais qui, cependant, ne peuvent entamer nos conclusions.

(1) La même coutume normande réglant la procédure de ce *record de mariage* dit : « Record de mariage doit estre fait par ceulx qui furent *présents au mariage*, qui que ils soient... ce record ne doit estre fait fors du mariage et des condicions qui y furent mises. »

(2) Ch. XIII, n° 460.

En effet, au XIII^e siècle, nous voyons Saint Louis modifier, à deux reprises, le douaire de Marguerite de Provence. Dans le contrat de mariage « du 27 May 1234, il luy avoit « donné pour douaire la ville du Mans avec ses appartenances, le château de Mortagne, dans le Perche, Mauves « aussi dans le Perche sur la Huisne, pour les tenir de la « même manière que la Reine Bérengère avoit tenu Le Mans et la Comtesse du Perche les deux autres (1)... Au « lieu de Mauves et des autres lieux que Saint Louis avoit « donnés d'abord à Marguerite pour son douaire, il luy « assigna au mois d'août 1246, Orléans et quelques lieux « des environs (2). »

Cette modification fut amenée par ce fait, que les biens composant le premier douaire de Marguerite furent donnés par Saint Louis, à son frère Charles, comte de Provence. Mais l'échange des biens restait bien entendu, soumis à l'acceptation de la reine Marguerite et, en cas de refus de sa part, c'étaient les biens, que Saint Louis lui constituait en nouveau douaire, qui devaient être possédés par Charles de Provence jusqu'au décès de la reine ; après quoi, ces biens devraient revenir aux héritiers du roi et Charles de Provence entrerait alors en possession des biens grevés du premier douaire de la Reine (3). Ce n'est

(1) LE NAIN DE TILLEMONT, *Vie de Saint Louis*, t. II, p. 206.

(2) *Ibid.*, p. 209.

(3) Voici d'ailleurs le passage intéressant de cette charte conservée au *Recueil des ordonnances des Rois de France*, t. XI, p. 329 : « Item dedinus eidem Fratri nostro Carolo, Cenomaniam, cum pertinentiis in feodis et domaniis ; salvis similiter donis, feodis et elemosynis, usque in præsens ibi factis. Et quoniam civitatem Cenomanensem et Moritaniam et Mauvas, charissimæ uxori nostræ Margaritæ Reginae, nomine dotalitii assignavimus, volumus et ordinamus quod si dicta Regina, uxor nostra Nobis supervixerit, loco dicti dotalitii Civitatem Aurelianensem, Castrum-Novum et Checchia-

jusqu'à présent qu'un changement dans les biens grevés du douaire, ce qui sera courant comme nous le verrons, rien ne dit que par suite de cet échange, le douaire ait été augmenté.

Mais « au mois de juin 1260, il changea encore son douaire et luy donna Corbeil, Poissy, Meulan, Vernon, Pontoise, Asnières, Etampes, Dourdan et La Ferté-Alais, ce qu'il fit en considération de ses mérites pour luy donner un revenu plus grand et plus proche de Paris (1) » « *suis « gratis exigentibus meritis, gratiam facere volentes ampliore « et alias in locis vicinioribus et utilioribus, sibi dictum dotali- « cium assignare ac per hoc providere vite sue tranquillitati « pariter et quieti* (2). » Ici l'augmentation de la quotité du douaire est évidente, les biens donnés à Marguerite le sont pour augmenter son revenu (3). De plus à la fin de l'acte, Saint Louis se réserve le droit de donner, de ces biens gre-

cum et Novillam habeat, sicut Regina Ysemburgis in dotalitium hæc habebat, salvis et exceptis Clariaco, et aliis donis et feodis et elemosynis usque in præsens ibi factis si hanc commutationem voluerit acceptare; Si autem ei non placuerit hæc commutatio, habebit suum dotalitium sicut et assignatum et dictus Carolus Aureliam habebit cum Checiaco, Castro-Novo et Novillam quandiu Regina vixerit memorata; et post decessum ejusdem Reginae, Aurelia, Checiacum, Castra-Novum et Novilla ad nostros revertentur heredes, et tunc idem Carolus, vel heredes, ejus donum quod cum de Cenomania cum pertinentiis in feodis et domaniis ei modo facimus rehabebunt. »

(1) LE NAIN DE TILLEMONT, t. II, p. 209.

(2) Voir notes sous *Layette du Trésor des Chartes*, t. III, n° 4617, p. 335. Nous reproduisons ici le texte latin parce que la traduction du XII^e siècle est obscure sur ce point.

(3) Nous pensons intéressant de reproduire en entier cette charte de juin 1260 traduite en vieux français dès le XIII^e siècle, d'après la *Layette du Trésor des Chartes*, t. III, n° 4617, p. 535. La voir aux Pièces justificatives (Pièce n° 1).

vés du douaire, telle partie qu'il voudra et à qui il lui plaira, c'est bien, encore là, l'instabilité de la quotité du douaire assurée.

Cette dernière charte est, assurément, bien contraire à l'immutabilité de la quotité du douaire. Mais nous ne prétendons pas, que dès cette époque, l'immutabilité ait été sanctionnée par une disposition légale. Nous la croyons alors, à ses origines et se manifestant dans les idées émises par les coutumiers et dans quelques applications. Quoi donc d'étonnant à ce qu'un roi ait pu y déroger !

D'ailleurs bien des raisons expliquent cette dérogation : On sait que les rois étaient soustraits partiellement à l'application du droit matrimonial commun, pour eux la communauté ne s'appliquait pas ; rien d'extraordinaire à ce qu'ils aient échappé à certaines règles du douaire, surtout alors que la règle visée était si peu nette. D'autre part, l'intérêt politique était, pour eux, primordial et il a pu fortement déterminer les changements successifs du douaire de Marguerite. La modification de 1246 s'explique quand on sait que le 31 janvier de la même année, Charles avait épousé Béatrix de Provence et qu'il fallait lui constituer un domaine important. Dans la Charte de 1260, la réserve de la faculté de donner quelque partie s'explique quand on songe à l'intérêt politique qu'avait le roi à pouvoir récompenser ainsi le zèle de ses serviteurs, d'autant plus que les droits de suzeraineté étaient maintenus, malgré cette diminution du domaine utile.

Aussi, nous ne pensons pas que cette espèce exceptionnelle puisse détruire les fortes raisons que nous avons exposées en faveur dès l'existence, de cette époque, de l'immutabilité de la quotité du douaire.

Nous dirons, de même, pour une pareille augmentation

de douaire au xiv^e siècle, bien que ce chapitre soit réservé au xiii^e siècle. D'après Bouchel (1) : « Il y a confirmation du roy Philippe de Valois, du traicté inféré au dit mariage, daté à Lyon, en juillet 1346, ladite confirmation datée le pénultième de septembre ensuivant, le douaire de ladite reine Jeanne de Bourbon, luy fut depuis augmenté jusqu'à 15.000 livres tournois de rente, le 2 may 1375 ». Ici encore la qualité des personnages explique la solution.

B. — L'assiette du douaire pouvait être changée.

Cela, en fait, ne modifiait pas le droit de la femme, car il fallait que ce douaire fut sauf. C'est bien ce qui semble résulter de *Jostice et Plet*. « Or, demende l'en se l'en puet
« changier le doère à la feme à mobles ? L'an dit que oïl
« porquoi la feme s'i consente sanz force et sanz paor ; et
« s'ele ne s'i consent, non. Et le puet l'en changier à heri-
« tage ? Oïl, se c'est ses preuz (profit) mes la chose changié
« sera asint comme son doère et mise en sauve main,
« qu'ele ni puisse avoir damage emprès la mort son sei-
« gnor (2). » La raison pour laquelle semblable modifica-
tion est admise, du consentement, d'ailleurs, de la femme
elle-même, est que son droit n'est pas compromis, c'est bien
ce sur quoi insiste la fin de ce texte.

Ainsi le consentement de la femme est nécessaire à cette modification. Dans le changement d'assiette du douaire de Marguerite de Provence en 1246, nous avons vu Saint Louis stipuler formellement, la condition « *si hanc commutationem voluerit acceptare* » et prévoir tout un autre système de libéralités pour son frère, pour le cas où sa femme n'accepterait pas.

(1) Bibliothèque, V^o *Douaire*, p. 912.

(2) *Jostice et Plet*, liv. IX, titre, I, § 1.

C. — Le même consentement de la femme était encore requis pour le cas où le mari voulait aliéner ou engager des biens grevés du douaire. « Le doère ne puet estre encombrez . . . , s'ele ne l'otroie (1) ». « Li homs ne puet rien fere del tènement de que il estoit en possession quand il prist fame que elle n'en ait son doère emprès sa mort(2). » Et c'est bien ce que rappelait aussi Beaumanoir dans l'espèce ci-dessus relatée quand il disait : « Ne pourquant s'il « mourust la fame ne perdist point du droit de son doaire, « ainçois en portast autant comme si li fuis n'eust point « fet de tel convenance au père » (3). Enfin un arrêt de 1268 déclare formellement : *Nota quod in omnibus hiis de quibus aliquis, cum ducit uxorem est saisitus vel que, durante matrimonio inter eos, ipsi marito ex successione proveniunt uxor, post mortem mariti, habet dotalicium suum ad usus et consuetudines Francie quantum cumque maritis de eis alienaverit nisi ipsa expresse consenserit alienacioni hujus et renunciaverit dotalicio suo* (4) ».

Mais la fin même de ce texte nous dit que la renonciation de la femme à son douaire validait l'aliénation faite par le mari et garantissait contre tout danger d'éviction le tiers acquéreur. Le plus souvent, la femme ne renonçait pas à son douaire sans s'être fait assurer la sauvegarde de ses droits sur d'autres biens, par l'un de ces échanges, comme nous en avons vu précédemment. Mais il pouvait arriver que la femme ne prit pas ces précautions, et à l'origine, ses droits pouvaient être définitivement perdus, lors du décès du mari, si les immeubles propres du mari étaient

(1) *Jostice et Plet*, liv. VIII, tit. III, § 2, p. 169.

(2) *Très ancienne coutume de Normandie*, édit., Marnier, p. 62.

(3) BEAUMANOIR, ch. XXXIV, n° 1053.

(4) *Olim*, t. I, p. 735, n° 29.

insuffisants. Ainsi, théoriquement, la femme pouvait par sa renonciation modifier et rendre inutiles les conventions matrimoniales relatives à son douaire. Mais, pratiquement, ces aliénations des fonds propres du mari étaient très peu nombreuses, d'abord à cause de la rareté des ventes immobilières à cette époque, ensuite, parce que pareille aliénation était faite seulement à défaut de conquêt et considérée alors comme un sacrifice réclamé par l'intérêt commun (1). A cette époque la modification possible aux conventions matrimoniales sur le douaire étaient peu à redouter et nous verrons que, lorsque les renonciations se multiplièrent avec les aliénations de propres aux siècles suivants, des remèdes y furent apportés.

Si nous jetons un regard d'ensemble sur les conventions matrimoniales du ^{xiii}^e siècle, il nous semble bien que l'on peut conclure à l'existence de l'immutabilité, principe encore méconnu à certains égards mais dont la vitalité est déjà certaine.

SECTION II. — Du ^{xiv}^e au ^{xvi}^e siècle.

Comment ce principe, encore à ses débuts au ^{xiii}^e siècle, est-il devenu la règle proclamée en doctrine et en jurisprudence, au ^{xvi}^e siècle ? C'est ce qui nous reste à étudier.

Les siècles qu'il nous faut voir ont été marqués par de profondes modifications dans le droit matrimonial tout entier ; communauté, douaire, règles relatives aux libé-

(1) V. LEFEBVRE, *Droits des gens mariés*, p. 366.

ralités entre époux et aux récompenses ont changé de caractère du XIV^e au XVI^e siècle (1). Parmi ces évolutions, il en est quelques-unes qu'il nous faudra voir brièvement, pour bien suivre le développement de notre principe. Nous le ferons au cours de cette étude, quand le besoin s'en rencontrera.

§ 1^{er}. — Conventions relatives au régime des biens.

Tandis qu'au XIII^e siècle, nous avons vu la communauté résulter de plein droit du mariage et cela pour toute sa durée, dans les siècles suivants, nous assistons au développement de la liberté pour les futurs époux de fixer à leur gré leurs conventions matrimoniales.

Lors de la rédaction des coutumes au XVI^e siècle, ce principe sera reconnu officiellement par plusieurs d'entre elles (2), tacitement visé par d'autres, et en tous cas développé par la pratique. On trouve dès le XIV^e siècle, l'usage des clauses de franc et quitte, de forfait, d'attribution de la communauté au mari, d'exclusion de la communauté. On peut même situer au XV^e siècle le temps où furent connues la plupart des clauses, dont le Code civil nous donne la liste (3).

Mais une fois pareille convention passée, pouvait-on y contrevenir durant le mariage ? Nous ne le croyons pas, et cela, pour plusieurs considérations.

(1) Sur tous ces points, V. LEFEBVRE, *Droit des gens mariés*, particulièrement du 51^e au 55^e cours et du 57^e au 60^e.

(2) Voir, 1^{re} Coutume d'Orléans, art. 173 ; 2^e Coutume, art. 202 ; Coutume de Troyes, art. 83, *in fine* ; Coutume du Berry, titre VIII, art. 8. — Voir les développements dans la thèse OLLIER, p. 37 et s.

(3) Voir les arguments de cette théorie et les textes, thèse OLLIER, p. 41 et s.

D'abord, lorsque la communauté résultait de droit du mariage, c'était par cette idée qu'elle en était une conséquence inévitable, tenant au lien du mariage lui-même et à la sainteté, l'indissolubilité du lien principal, sur lequel s'appuyait le régime pécuniaire entre époux, avait rendu impossible toute modification de ce dernier, postérieure au mariage.

Quand on s'aperçut des inconvénients que la conception rigide de la communauté du ^{xiii}e siècle pouvait avoir dans les siècles postérieurs, où, les sentiments chrétiens diminuant, la puissance maritale devenait dangereuse, il fallut bien permettre d'y obvier par l'une de ces clauses modificatives ou exclusives de communauté que l'on rencontre. Mais l'idée du rapport étroit du lien de mariage et des conventions pécuniaires accessoires subsista, nous la verrons rappelée par les auteurs coutumiers du ^{xviii}e siècle. Lors du développement de la liberté des conventions matrimoniales, cette idée amena cette conséquence que le régime des biens entre époux, qui autrefois, né de la loi, était immuable durant le mariage, devait le rester, même lorsque les parties auraient dérogé au droit commun par leurs conventions matrimoniales. La transition se fit naturellement, l'indissolubilité du bien matrimonial étant alors parfaitement établie, l'immutabilité des conventions pécuniaires, admise par analogie, ne souffrit pas de l'admission de la liberté des conventions matrimoniales, qui ne s'appliqua qu'avant le mariage.

Nous trouvons un texte du ^{xv}e siècle qui prévoyant une clause de préciput semble bien ne la concevoir comme possible que par le contrat de mariage. Les *Coutumes du pays de Vermandois et de ceulx de envyrion*, examinant la question de savoir si les bijoux et robes de la femme doi-

vent être compris dans le partage, disent que oui, sauf si,
 « au *traicté du dict mariage*, eust été par exprès dict et ac-
 « cordé et promis par le mary que, après son trespas, elle
 « emporteroit hors part, ses robes, joyaulx et atours, ser-
 « vans à son corps, auquel cas, *par vertu de telle convenance*
 « *et promesse, elle les auroit et non aultrement* (1) ».

Les premières coutumes rédigées qui mentionnent la liberté des conventions matrimoniales, ont bien soin de stipuler qu'elle s'applique avant le mariage. Dès 1509, la Coutume d'Orléans (art. 173) dit « *En traicté de mariage* » l'homme et la femme *qui se veulent marier et avant foy bail- lée* peuvent faire et apposer telles conditions... » Il faut remarquer l'insistance pour bien rappeler que ce n'est qu'entre *futurs époux qui se veulent marier et avant la foy baillée* que les conventions matrimoniales dérogatoires au droit commun sont possibles. En 1539, la Coutume de Berry (titre VIII, art. 8) vise la possibilité d'une exclusion de communauté, mais c'est « *audit contrat de mariage* » qu'elle sera possible seulement et cela est d'autant plus significatif que l'article précédent parlant de la communauté, rappelle par ses termes le texte de Beaumanoir. « Les conjoints par mariage dès l'instant de la solennisation ou consommation d'iceluy mariage sont communs. »

Enfin dès le milieu du xvi^e siècle nous trouvons des arrêts, assurant l'immutabilité du régime stipulé au contrat. « Toutes pactions faites depuis le mariage contraires
 « à celles portées par le contrat, soit pour stipuler ou dis-
 « soudre la communauté sont nulles, quoique fondées sur
 « la coutume ou sur le droit commun. Arrêts du Parlement
 « de Paris des 6 septembre 1551, 14 août 1555 et 7 janvier

(1) *Coustumes du pays de Vermendois*, chap. X, n° 231.

« 1584 (1) ». Le 11 May 1563, un arrêt casse la convention par laquelle le mary appelait sa femme au partage égal alors que le contrat de mariage lui donnait seulement le quart de la communauté (2).

Il faut dater de cette époque l'apparition d'une grave dérogation à l'antique communauté, dérogation qui constituera une exception à la règle de l'immutabilité, la séparation de biens judiciaire au cours du mariage.

Exception grave, car elle impliquait dissolution anticipée de la communauté, sans qu'il y ait rupture du lien ni cessation de la vie commune, ce qui brisait l'harmonie entre le lien matrimonial et les conventions pécuniaires, mais c'était une exception rendue indispensable par l'extension des pouvoirs du mari sur les conquêts (3). Il est assez difficile de savoir exactement quand elle naquit. Il est à peu près certain que, c'est par des décisions des officialités, dès la fin du xiv^e siècle, que se dégaga l'idée d'une séparation de biens principale (4). Jusque-là elle ne résultait que de la séparation de corps judiciaire et encore ainsi que nous l'avons vu, cela n'a pas toujours été admis. Mais dès 1385 on trouve des exemples de *separatio quoad bona* principale (5). Les premières coutumes rédigées mentionnent avec certitude son existence, dès 1509 (Orléans, art. 171) et 1510 (Paris, art. 189).

(1) BRILLON, *Dictionnaire des arrêts*.

(2) CHARONDAS, *Réponses*, liv. VIII, rép. 32.

(3) Voir sur cette extension, LEFEBVRE, *Droit des gens mariés*, p. 302 et s.

(4) Sur ces origines voir thèse VILTARD, *La séparation de biens judiciaire dans l'ancien droit*; ESMEIN, *Mariage en droit canonique*, t. II, p. 31 qui en cite un exemple du xiv^e siècle.

(5) Voir une sentence du 16 mars 1385 reproduite dans la thèse Viltard, n° 3 des pièces justificatives.

Mais pareille facilité, de dissoudre la communauté présentait un risque d'entente entre les deux époux, qui, désireux de changer leur régime au mépris de la règle de l'immutabilité, pouvaient se séparer de biens par transaction entre eux. Cela leur était-il possible ?

Pour l'affirmative on pourrait arguer d'une transaction, passée le 13 août 1396, entre deux époux en instance de séparation de biens (1). Mais il faut bien remarquer que cette transaction n'est pas purement volontaire, et qu'elle est soumise à la ratification de la Cour, que c'est seulement après qu'elle aura été revêtue de ce cachet judiciaire qu'elle sera valable, le texte est formel « néanmoins pour « oster tous plaiz et matières de descords, icelles parties « *s'il plaist à la court*, sont d'accord en la manière qui « s'ensuit »... Sans doute il y avait dans cette simple ratification de justice un moyen insuffisant d'empêcher la séparation d'accord. Mais, d'ailleurs, rien ne prouve que cette convention ait été ratifiée par le Tribunal et, en tous cas, nous verrons que l'on ne tarda pas à exiger des tribunaux un autre rôle que celui de simple témoin, et qu'il ne dût bientôt statuer que *cognita causa*. La Coutume d'Orléans de 1509 porte textuellement « Femme séparée de son mari, sans fraude, quant aux biens » et nous verrons la deuxième rédaction de cette coutume édicter méticuleusement les règles nécessaires pour éviter toute séparation volontaire.

Ainsi admise, comme une exception nécessaire à la règle de l'immutabilité, la séparation de biens fut enserrée en une série de mesures restrictives et de précautions. Outre l'intervention de la justice, de suite exigée, on res-

(1) Texte des Archives rapporté dans GLASSON, *Histoire du droit*, t. VII, p. 370, note 3.

treignit sa possibilité à des cas exceptionnels et comme c'était une mesure de réaction contre la puissance outrée du mari, on la réserva à la femme, enfin des formalités de publicité furent exigées ; telles furent les limites que l'on apporta à l'exercice de cette séparation, admise comme à regret, à cause des effets contraires à l'immutabilité qu'elle devait amener, par suite de la dissolution anticipée de la communauté. Comme nous le verrons, toutes ces règles sont admises au xvi^e siècle lors de la rédaction des coutumes, c'est donc que, dans la période préliminaire, l'usage les avait établies, inspiré en cela, de notre principe.

§ 2. — Conventions relatives aux apports des époux.

Nous avons déjà vu au xiii^e siècle les époux, libres de fixer, à leur gré, les biens qui leur resteront propres et ceux qui deviendront communs. Cette liberté subsiste bien entendu dans les siècles postérieurs, elle s'accroît même. L'immutabilité de pareilles conventions, que nous avons aussi rencontrée, persistera et sera même de plus en plus observée, par suite de la transformation de certaines règles juridiques.

Déjà, nous avons vu à la fin du xiii^e siècle, le souci d'empêcher que les proportions, établies par le contrat entre biens propres et biens communs, fussent rompues durant le mariage. Lorsque les ventes d'immeubles propres (principale occasion de ces modifications) augmentèrent, il fallut compléter ces mesures.

Comme il parut que la femme, soumise à l'influence de son mari, pourrait ne pas stipuler une clause de rem-

ploi lors de l'aliénation d'un de ses propres (1), les parents prirent la précaution de la stipuler dans le contrat de mariage ; de la sorte toute difficulté postérieure était ôtée. Les parlements accordèrent aussi parfois le remploi, en raison des circonstances et prirent en considération, par exemple, le caractère forcé de la vente (2).

On avait, en effet, compris de bonne heure l'iniquité de l'ancienne absence de remploi, qui enrichissait la communauté aux dépens de l'un des époux et qui violait l'immutabilité. Aussi dès 1523, la *Coutume de Blois* permit à l'époux appelé ainsi à s'enrichir injustement aux dépens de l'autre, par l'intermédiaire de la communauté, de renoncer à ce bénéfice (3).

La clause de remploi qui obviait à ces inconvénients, devint tellement d'usage, dès le xvi^e siècle, que, lors de la réformation des coutumes, la plupart d'entre elles admirent le principe du remploi, même en cas de silence des conventions matrimoniales ou de l'acte de vente à cet égard. La Coutume de Paris de 1580 en pose le principe en son article 232 (4). La Coutume d'Orléans de 1583 con-

(1) Il est à remarquer que la stipulation de remploi lors de la vente existait aussi au profit du mari. Le *Grand Coutumier de France* la prévoit « *Nota quod si vir vendat propriam hereditatem et emat aliam illa empta dicitur et censetur esse conquestus nisi vir emendo caverit se expresse coram iudice competenti, quod emit talem hereditatem ut sibi et pro suis hereditatis et alias non empturus. Et si sic fecerit erit hereditas sua, non autem conquestus reputatur* » (Livre II, chap. xxxii).

(2) Voir Choppin, sur *Cout. de Paris*, liv. I, t. I, n° 24.

(3) Blois, art. 164, « Si constant le mariage de deux conjoints, l'un d'eux vend son héritage propre, l'autre desdits conjoints peut accorder audit vendeur que les deniers qui en estront soient employés en héritage qui sera le propre dudit vendeur ou que les deniers soient premiers prins par ledit vendeur ou ses hoirs. »

(4) Art. 232 : Si durant le mariage est vendu aucun héritage ou rente propre appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints par ma-

tenait, en l'article 192, une même disposition. Ces règles se répandirent insensiblement en France (1) à la fin du xvi^e siècle et au commencement du xvii^e siècle, elles devinrent le droit commun des coutumes muettes (2). Bien rares sont les coutumes qui comme celle de Bourbonnais (art. 238) exigeaient encore une stipulation expresse de remploi, au moins dans le contrat de vente.

Cette création de la théorie des récompenses rendait ainsi l'époux, dont le propre était aliéné, créancier de pareille valeur, mais les clauses de remploi conservaient leur utilité : la propriété de l'immeuble acquis d'après elle offrant plus de garantie que la créance légale.

Plus tard, ce principe de récompenses s'étendit à tous les cas d'enrichissement de l'un des trois patrimoines aux dépens des autres.

Quels furent les motifs de cette longue transformation et de la création des récompenses légales ?

Pothier nous dit « ce fut principalement le défense des avantages entre époux durant le mariage » (3). Ce motif n'est pas entièrement concluant, puisque l'usage nouveau se répandit même parmi les coutumes qui permettaient les avantages entre époux ; pour ces dernières, Pothier invoque un motif quelque peu obscur ; l'inconvénient « des avantages qui ne seraient pas l'effet d'une volonté expresse des parties ».

riage ou si la dite rente est rachetée, le pris de vente ou rachat est repris sur les biens de communauté au profit de celui auquel appartenait l'héritage ou rente, encores qu'en vendant n'eust été convenu de remploy ou récompense et qu'il n'y ait eu aucune déclaration sur ce fait.

(1) Voir BOURJON, *Droit commun de la France*, Communauté, part. VI, ch. II, sect. III, n° 26.

2) CHARONDAS, sur *Cout. de Paris*, art. 232.

3) *Communauté*, n° 385.

Toujours est-il, que ce motif de la crainte des avantages entre époux est insuffisant pour les nombreux cas, où il n'était pas possible de voir un *animus donandi* dans le fait donnant lieu à récompense. Or « la plupart des opérations « faites sur leurs propres en cours de mariage ne sont pas « inspirées aux époux par une pensée de gratifier l'autre « conjoint ; ce sont d'autres raisons pratiques qui poussent « à vendre un propre, à recevoir un remboursement de « rente à partager avec soulte, à exercer un retrait (1). »

Il nous semble préférable de voir en cette évolution, une manifestation nouvelle du souci d'assurer l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Il faut se rappeler que ce sont les époux eux-mêmes qui par la stipulation des clauses de remploi ont commencé ce mouvement contraire à l'antique usage ; ils ont voulu manifester, par là, leur désir personnel de maintenir, durant le mariage, les proportions respectives des trois patrimoines, établies par leur contrat de mariage et c'est seulement, après que l'usage en fut devenu général, que la coutume écrite a statué.

Alors, seulement, le motif donné par Pothier a pu être invoqué, mais on ne peut y reconnaître la cause d'une évolution dont les époux eux-mêmes avaient pris l'initiative.

Et cette raison de la création des récompenses légales sera clairement exprimée par Prévot de la Janès au XVIII^e siècle. « La loi au moment du contrat de mariage, « ayant fixé précisément et d'une manière immuable les « droits réciproques des conjoints et ayant distingué soigneusement ceux de leurs biens qui devaient tomber dans

1) LEFEBVRE, *Droit des gens mariés*, p. 374.

« la communauté d'avec ceux qui devaient leur demeurer
 « propres, n'a pas voulu que cet ordre qu'elle établissait pût
 « être changé par les différents événements qui pourraient
 « survenir pendant le mariage. En vain aurait-elle exclu
 « de la communauté les biens propres des conjoints s'ils
 « pouvaient y rentrer par des aliénations qui en feraient
 « tomber le prix dans la communauté. C'est la suite des
 « règles fondamentales de ce titre... Ainsi, ni la commu-
 « nauté ne peut s'avantager aux dépens des conjoints, ni
 « les conjoints s'avantager aux dépens de la communauté.
 « La première partie de cette règle est la source de toutes
 « les décisions sur les remplois, de la seconde naissent les
 « cas de récompense (1). »

On peut donc bien voir en cette création des récompenses, l'influence de la règle de l'immutabilité et c'est pourquoi nous nous y sommes quelque peu arrêté.

Nous avons vu au XIII^e siècle la possibilité des donations entre époux entraver quelque peu l'application de l'immutabilité.

Dès la fin du XVIII^e siècle, cette possibilité disparaît.

En 1246, la Coutume de Touraine Anjou (2) prohibe les donations de la femme au mari en un article que les établissements de St-Louis reproduisirent : « Dame ne puet
 « riens donner à son seignor en aumone tant com elle soit
 « saine, que li dom fust pas estables car par aventure, ele
 « ne li avroit pas doné de son bon gré, ne de sa bone vo-
 « lenté ; ainz l'avoit doné par creinte qu'il ne li en feist
 « pis, ou por la grant amor qu'ele avroit à lui (3). » Bien-

(1) PRÉVOST DE LA JANÈS, *Principe de jurisprudence*, II^e partie, titre V, sect. V, n^o 368.

(2) Article 107. Voir VIOLLET, *Etablissements de Saint-Louis*, t. III, p. 70.

(3) *Etablissements*, liv. I, chap. CXVIII, édit. Viollet, t. II, p. 212.

tôt, la prohibition fut absolue et s'appliqua indistinctement à chacun des époux. On trouve en ce sens, dès le milieu du xiv^e siècle, le *Livre des droiz et commandemens d'office de justice*, d'origine poitevine (n° 1168) et la somme rurale de Jehan le Boutilier (1). Au xv^e siècle, le Grand Coutumier de France répète que « *Item nota secundum consuetudinem parisiensem quod uxori vivæ nihil legare possum, vel in morte donare. Possumus tamen invicem facere donationem mutuam omnium bonorum, quæquidem donatio valet et tenet* » (Liv. II, chap. XXXII).

Lors de la rédaction des Coutumes, la plupart admirent la règle de la prohibition, mais nous verrons qu'il est peu de matières où il y ait eu plus grande diversité entre elles.

Quelques rares coutumes, cependant, permettent ces libéralités, celles de Touraine et Poitou inspirées du droit romain permettent les legs et les donations révocables. D'autres (2) vont même jusqu'à permettre les donations entre vifs irrévocables.

Cette règle nouvelle de la prohibition des donations entre époux, si contraire à l'ancienne conception chrétienne des rapports pécuniaires des époux, est le résultat de l'influence romaine, si puissante au xiv^e siècle. Mais pareille origine n'expliquerait pas, seule, les dispositions coutumières qui prohibaient toute donation entre époux, tandis que le droit de Justinien la rendait seulement révocable. Aussi, il faut admettre que la transfor-

Voir *Abrégé champenois*, art. 66, VIOLLET, t. III, p. 160. La Coutume d'Auvergne, chap. XIV, art. 9 et 39, a conservé cette tradition permettant la donation par le mari à la femme et interdisant celle par la femme au mari.

(1) Liv. I, tit. CIII.

(2) Angoumois (art. 52 et 53), Saint-Jean d'Angely (art. 71).

mation des esprits au moyen-âge devenus plus rebelles à la seule influence chrétienne y fut pour beaucoup. La règle *Donner et retenir ne vaut*, inspirée par le désir de décourager toute donation et, par là, de conserver les biens dans la famille (1) explique qu'en droit coutumier, les donations entre époux même révocables n'aient pas été admises.

Toujours est-il, que de pareilles donations étant formellement prohibées et complètement nulles, selon l'énergique sanction romaine, les modifications qui pouvaient être ainsi apportées aux conventions matrimoniales n'existaient plus.

Aussi, la règle de l'immutabilité continua-t-elle à se développer entraînant ses conséquences logiques. Et l'on en a une preuve dès le xiv^e siècle dans le *Grand Coutumier de France* qui déclare toutes conventions interdites entre les époux et par conséquent les conventions modificatives du contrat de mariage comme les autres. « *Nota que inter virum et uxorem non valet conventio seu pactio facta, excepto de alimentis prestandis a viro uxori durante matrimonio ut iudicatum fuit contra uxorem, Beraldi di Marobo* » (2). D'ailleurs à la fin de ce même xiv^e siècle, Jean Lecoq, demandant l'exécution d'une clause d'un contrat de mariage, ne dirait-il pas : « *Quia conventiones in contractu matrimonii factae sunt tenendae quia alias forte non fuisset matrimonium factum quod alias factum teneret et non adimpleretur conventiones quod esset iniquum. Dicere contrarium esset contra voluntatem contrahentium qui sic voluerit.* » Il n'y a sans doute pas dans ce texte d'allusion directe à la règle de l'immu-

(1) LEFEBVRE, *Droit des gens mariés*, p. 338.

(2) Liv. II, chap. XXXII, *De Douaires*, p. 321.

tabilité. Mais prohiber l'exécution d'un contrat de mariage, selon un mode différent du contrat et selon des règles qui, connues, auraient peut-être empêché le mariage, c'est bien là une des premières considérations que l'on invoquera plus tard pour justifier l'immutabilité.

§ 3. — Conventions relatives au douaire.

L'immutabilité que nous avons déjà vu être assurée en grande partie, au douaire, dès le XIII^e siècle, va se confirmer ; nous pensons le démontrer par quelques documents.

A. — Tout d'abord, avons-nous dit, la quotité du douaire, doit être fixée immuablement avant le mariage.

Nous avons en ce sens un texte formel du XVI^e siècle. Le *Grand Coutumier de France* est formel sur ce point : « *Item « maritus non potest constituere dotem durante matrimonio, « nec in morte sua, sed oportet quod constituat ante matrimo- « nium contractum »* (1). Ainsi, c'est avant le mariage, que le mari doit fixer le douaire et il ne peut l'augmenter après, car cela constituerait une constitution partielle, postérieure formellement interdite. Il nous faut signaler une dérogation à cette règle, qui date du commencement du XIV^e siècle. Les *Anciens usages d'Amiens*, remontant au plus tard à 1323, nous disent en effet que « Li homs puet bien dou- « ner se femme, puis le mariage et sera li douaire des con- « ditions dessus dictes aussi bien que se il le donnoit à « l'espouser ; mais que elle n'ait eu douaire à l'espouser « il conveiroit que elle se passast du douaire que elle avoit « eu a l'espouser car il ne li porrois mie accroistre sen

(1) *Grand Coutumier de France*, édit. Laboulaye-Dareste, p. 321.

« *douaire* pour les fraudez qui y porroient estre pour les
« debtes et pour les hoirz » (1).

La première partie de notre texte est formellement contraire à la règle de l'immutabilité, et cela peut-être parce que dans ce pays il n'y avait pas alors de douaire légal ; cela nous semble résulter d'un texte précédent qui dit que « se un homs a plusieurs hyretages, se femme ne sera douée
« fors de chou que sera nommé (2) » et de l'absence de traces d'un douaire légal à quotité fixée. En tous cas la dernière partie du texte semble bien signifier que, si un douaire a été fixé, on ne pourra plus le modifier quel qu'ait été le chiffre des conventions matrimoniales, celles-ci étaient donc immuables à ce point de vue.

Cette disposition particulière et qui semble avoir été restreinte à la Ville même d'Amiens (*Ce sont les coustumes et li usage di le chité d'Amiens*, dit la rubrique) (3), n'a pas eu grande portée, car aux siècles postérieurs, dans la même région, nous trouvons d'autres textes qui nous prouvent l'existence de l'immutabilité. Les *coustumes du pays de Vermendois et ceulx de envyron* (4), rédigée en 1448 (5), nous fournissent plusieurs textes, en ce sens, qui, nous parlant du douaire conventionnel, ne prévoient qu'un seul mode de fixation : par le contrat de mariage, « Tel doaire vient par les *convenances et pactions faites au traicte de mariage* (6) ». Peu après à la question « si a une
« femme est promis doaire convenancié au *traicte de son*

(1) V. *Très ancien coutumier de Picardie*, édit., Marnier, p. 154.

(2) *Id.*, p. 152.

(3) MARNIER, *Très ancien coutumier de Picardie*, p. 134.

(4) Edition Beautemps-Beaupré.

(5) VIOLLET, *Précis*, p. 180.

(6) *Coustumes du pays de Vermendois*, chap. X, n° 225.

« *mariage* mendre que ne le serait le coustumier a scavoir
 « si après le trespas, du mary elle penlt délaissier le conve-
 « nancié et prendre le coustumier ou non », il est répondu
 que ce choix est possible, sauf si « *en traictant ledit mariage*
 « eust esté expressément déclaré, promis et accordé *au*
 « *traicté dudit mariage* que, après le trespas de son dict
 « mary, ladicte vesve ne porroit avoir aultre ne plus grand
 « doaire que ledict convenancié, auquel cas telles promesses
 « se debveroient tenir (6) ». Enfin le même coutumier nous
 rapporte que « par la coustume de Haynault, une femme
 « vesve ne peut avoir son douaire ne franchise por doaire,
 « maison, terre ou revenue à cause de doaire s'elle ne faict
 « apparoir deuement que son mary *l'aict douner entre le*
 « *fiancer et l'espouser* sur aulcuns fiefz seans ou pays de
 Haynault (2) ». Ici encore on ne prévoit comme possible
 pour la femme qu'un douaire convenu entre le *fiancer et*
l'espouser c'est-à-dire avant le mariage.

B. — Quant à la désignation des biens grevés du douaire, elle semble bien ne pouvoir être faite que par le contrat de mariage.

Les mêmes *Coustumes de Vermendois* laissent à la femme le droit de choisir, « mais c'est à entendre quand, *au traicté du mariage*, n'y a paction, promesse ou réservation du contraire » (n° 255). « Car *se audict traictié de mariage* de
 « ung homme noble et de sa femme il avoit esté expressé-
 « ment traictié, réservé, promis et accordé que ladicte
 « femme, de son dict mary, après le trespas d'icelluy, ne
 « porroit prendre choisir ne avoir pour sa demeure que
 « l'une ou aulcunes des forteresses ou maisons dudit mary

(1) Chap. X, n° 228.

(2) Chap. XII, n° 309.

« après le trépas d'icelluy... elle ne porroit vallablement
 « prendre, ne choisir, ne deveroit avoir ladicte mayson
 « ainsi réservé (n° 256). Et encore *se audict traictié de ma-*
 « *riage* estoit traictié convenancié et promis... qu'elle
 « aueroit pour sa demeure une maison qui luy seroit dé-
 « clairé et qu'il fut dit qu'elle ne porroit choisir ne deman-
 « der aultre èt que ainsy fut accordé et promis *audict traictié*
 « *de mariage* en tel cas ladite veuve n'aueroit pour sa de-
 « meure que ladicte maison qui luy seroit accordé par *le-*
 « *dict traictié* (n° 257). »

Dans tous ces textes on peut remarquer l'insistance pour parler du traictié de mariage comme seule source de douaire convenancié. Il n'y a aucun souvenir d'usage analogue à celui d'Amiens.

C. — Nous avons vu au XIII^e siècle la renonciation de la femme à son douaire théoriquement possible, mais bien rare en pratique.

Il semble que, dans les siècles suivants, il n'ait plus été possible à la femme d'être victime de sa renonciation et de perdre aussi son droit de douaire. Ce sont encore ces *Coustumes de Vermendois* du XV^e siècle qui nous fournissent une réponse formelle.

« Et se le mary, durant son mariage, vendoit de ses héri-
 « taiges sur lesquelz sa femme eusist droit de demander
 « doaire et sadicte femme vendoit avecq sondict mary par
 « espécial sondict droit de doaire et se tenist pour bien et
 « deuement récompensée de sondict droit de doaire, à
 « scavoir se après le trespas de sondict mary, elle poroit
 « prendre et demander et avoir sondict doaire sur tel héri-
 « taige ainsy vendu. »

« *Responce* : Par la coutume de Vermendois ou cas ci-

« dessus dict, ladicte femme, *quelque vendage, recognois-*
 « *sance, ne renonciation qu'elle eul faicte*, se actuellement
 « et de faict elle ne est deuement récompensée de sondict
 « doaire, elle *porra poursuivre, demander et devera avoir son*
 « *dict doaire* pourveu qu'elle soit premier dispensée de
 « son serement se aucun en a faict. »

Ainsi, même au cas où elle aurait aliéné le bien grevé de douaire renonçant « par especial » à son droit et même, renforçant, par son serment, la garantie qu'elle accordait au tiers acquéreur, même alors le souci de sauvegarder son droit de douaire, selon qu'il avait été convenu lors du contrat de mariage, amenait à annuler complètement cette renonciation, « se la femme n'était deuement récompensée de son dict doaire ». La dispense de serment, qu'on exige à la fin du texte, est une formalité nécessaire alors selon le droit commun. « Selon raison, us et coustume, « aucun ne doict estre ouy ne receu à venir contre foy ou « serement, maxime quand partie adverse le contredit et « ne s'y consent sinon qu'il ait obtenu sur ce dispense de « son prélat (1). »

A l'autre extrémité de la France, en Poitou, dès le milieu du xiv^e siècle, le *Livre des droiz et commandemens d'offices de justice* présente une décision semblable : « L'en pourrait dire que si aucune femme avoit renoncé « a aucun contract et espécialement sur le fait de son « douaire, aux lois introduy en leur faveur, que la renoncia-
 « tion ne vaudrait rien (2). »

Aussi le respect des conventions matrimoniales nous semble avoir reçu des applications plus rigoureuses dès

(1) *Coutumes notoires*, § 13. V. aussi JEAN DESMARES, décision 151.

(2) N° 849, édit. Beauteemps-Beaupré, t. II, p. 237.

les ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles. Il se répand dans les mœurs, embrassant toutes les conventions matrimoniales. Ainsi se comprend par cette lente formation ce fait que dès l'apparition des recueils d'arrêts et des auteurs coutumiers, la règle de l'immutabilité soit proclamée comme un principe certain.

CHAPITRE III

DES MOTIFS DE L'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

Sous quelles influences s'est formée cette règle de l'immutabilité ? Quels motifs a-t-on donné de sa justification.

C'est ce qu'il nous faut rechercher maintenant ; on a trouvé des raisons très complexes pour l'expliquer, nous verrons les principales, celles qui ont eu véritablement une influence sur la formation de notre règle et nous rechercherons quel rôle elles ont joué. Bien que nous ayons, pour ce faire, à parler d'époques postérieures aux siècles que nous avons étudiés jusqu'à présent, nous pensons qu'ici l'ordre chronologique doit céder devant la nécessité de voir d'un seul coup d'œil ces diverses explications.

SECTION I. — La prohibition des donations entre époux.

Si nous en croyons les vieux auteurs coutumiers des ^{xvi}^e et ^{xvii}^e siècles, l'immutabilité des conventions matrimoniales serait une conséquence de la prohibition des donations entre époux (1).

Presque tous, en effet, invoquent ce motif. « Ces changements ouvriraient la porte aux avantages indirects si contraires à la conservation des biens dans la famille (2). »

(1) Cette même thèse a été soutenue après le Code civil, par TOULIER, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. XII, t. V, chap. I, n^{os} 34 et s.

(2) PRÉVOT DE LA JANNÈS, *Principes de jurisprudence*, t. II, n^o 320.

« Toutes sortes d'avantages sont prohibés entre mari et femme pendant le mariage, suivant l'article 282 de la Coutume de Paris, à l'exception du don mutuel ; ce serait donner aux conjoints la faculté de s'avantager durant le mariage qui est un temps prohibé ; on ne peut contrevenir à la loi directement, ni indirectement (1). » « Pour ce qui est de celles (contre-lettres) qui se feraient depuis le mariage, elles sont absolument nulles..., parce que c'est un temps prohibé, auquel il n'est point permis de toucher au contrat, de crainte de l'avantage indirect (2). » Lebrun y revient à deux fois. « Il faut dire que l'exclusion de la communauté (postérieure au mariage) n'aura pas d'effet en cette espèce, parce que c'est l'avantage indirect fait durant le mariage (3). » « En excluant la communauté dans le contrat de mariage, on ne peut pas dire qu'il sera néanmoins permis au mari d'y admettre sa femme durant cinq ans ou un autre temps, l'exécution de cette clause tombant dans un temps prohibé (4). » Cette dernière solution était déjà donnée avec les mêmes motifs par Dumoulin (5). « *Quia uxor potest intra quinque annos, habere opulentam mobilium successionem et hunc potest eligere communionem et ditaret maritum pauperem... et certe melius est non valere ne per indirectum fiat fraus legi.* » « Ce retour, dit encore Bourjon, dégénérerait en un avantage indirect dans un temps prohibé (6). » Pour presque tous

(1) RENUSSEAU, *Traité de la communauté de biens*, 1^{re} partie, chap. XIV, n° 12.

(2) DUPLESSIS, *Traité sur les coutumes de Paris*, Du douaire, chap. VII, p. 260.

(3) LEBRUN, *Communauté*, liv. I, chap. III, n° 29, p. 36, col. I.

(4) *Id.*, n° 9, p. 31, col. I.

(5) S. *Coul. de Paris*, art. 110, n° 4.

(6) *Droit commun de la France*, tit. I, t. X, 1^{re} partie, chap. II, sect. I, dist. III, n° 11, p. 511.

les auteurs coutumiers (1), les époux ne peuvent durant le mariage changer en rien leurs conventions matrimoniales parce que ces changements aboutiraient à des avantages entre époux. La crainte de l'avantage indirect était même telle que l'on arriva à prohiber, comme nous le verrons, tous les contrats entre époux.

Certains auteurs, poussant cette opinion dans ses conséquences logiques admettaient, que là, où les donations entre époux étaient permises, les changements aux conventions matrimoniales devaient être admis. « *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*, avait dit Bouhier. Lebrun, bien que ne partageant pas cette opinion, y fait allusion (2) quant au rappel de communauté postérieur au mariage. « Il semble qu'il y a exception à faire, à l'égard des coutumes où il est permis de se donner entre conjoints par don mutuel ou autrement. » Telle est aussi l'opinion de Maichin (3) et de Boucheul (4).

Aussi, d'après la théorie qui admet cette origine, les choses avaient dû se passer de la façon suivante : les donations entre époux étaient interdites soit directement, soit indirectement ; en conséquence tous les moyens de s'avantager furent interdits, d'où prohibition des contrats entre époux et établissement de la défense de modifier durant le mariage les conventions matrimoniales.

Mais ce système n'est pas basé sur l'histoire et notre

(1) FERRIÈRE, *Corp. et Comp.*, s. Paris, art. 258, n° 8 ; D'ARGENTRÉ, art. 221, *Anc. cout. de Bretagne*, glose 3, n° 1 ; CHARONDAS LE CARON, *Pandectes*, liv. II, p. 47 ; BRODEAU SUR LOUET, let. M, som. IV, n° 3.

(2) *Communauté*, liv. I, chap. III, n° 12.

(3) S. *Cout. de Saint-Jean d'Angély*, art. 4, tit. VIII, chap. I.

(4) S. *Cout. de Poitou*, art. 229, n° 14.

principe ne vient pas à notre avis de la prohibition des donations entre époux. En effet plusieurs considérations amènent à repousser pareille origine. Il eût fallu d'une part, pour qu'elle soit plausible, qu'il y eût parallélisme entre les deux règles, d'autre part que la prohibition des donations entre époux soit antérieure. Or ni l'une ni l'autre de ces conditions n'est réalisée.

Voyons d'abord la question quant à l'antériorité. Nous verrons, plus loin, qu'aux ^{xii}^e et ^{xiii}^e siècles la règle de la prohibition des donations entre époux est encore très flottante : tantôt elle vise les donations de la femme au mari (1), tantôt celle du mari à la femme (2) selon que l'on redoute l'influence de l'un ou de l'autre. D'ailleurs cette règle de la prohibition des donations entre époux dérive du droit romain (3). Cette origine romaine doit nous rendre la prohibition des donations entre époux suspecte comme créatrice de notre principe. Puisque nous savons que le droit romain n'admettait pas l'immutabilité, il est peu probable qu'une institution qu'il a créée ait amené notre règle. De plus nous avons trouvé la règle de l'immutabilité formulée dès 1253 dans P. de Fontaines ; le texte des Etablissements de Saint Louis est légèrement postérieur. Les deux règles sont donc sensiblement contemporaines, toutes deux naissantes, et il est peu probable que

(1) *Etablissements de Saint Louis*, 1^{re} part., ch. 118, VIOLLET, t. II, p. 112.

(2) *Assises de Jérusalem*, Cour des Bourgeois, chap. CLXXIII.

(3) Cette origine a cependant été contestée. LAFERRIÈRE (*Hist. du Droit français*, t. II, p. 84) veut la trouver dans le droit celtique, tandis que d'autres (KUNST, *Rev. hist.*, 1884, p. 501 et s.) veulent la voir dans le droit germanique. Sur les origines romaines de cette règle voir LABOULAYE, *Conditions civ. et polit. des femmes*, p. 282 ; DE SALVANDY, *Histoire des gains de survie*, p. 214 ; VIOLLET, *Etabl. de Saint Louis*, t. I, p. 149.

l'une ait dès lors réagi sur l'autre ; si on devait l'admettre, ce serait plutôt au profit de l'immutabilité formulée plus clairement, mais rien ne le démontre.

En outre, si l'immutabilité découlait de la prohibition des donations entre époux, on devrait trouver une pleine analogie dans les applications de ces deux règles. Cela n'est pas.

D'abord, parmi les coutumes, il y en avait qui permettaient les donations entre époux et cependant défendaient les changements aux conventions matrimoniales (1), aussi la coutume de Hainaut (2).

Nous avons dit de plus que de graves divergences existaient entre les pays de coutumes quant à la prohibition des donations entre époux. Pothier divise les coutumes en quatre classes selon leurs règles sur ce point (3). Au contraire nous verrons que la règle de l'immutabilité était appliquée presque unanimement et que ses développements ont une homogénéité qui ne se dément guère avec les diverses provinces. Et l'opinion très rare de la doctrine qui se demandait, logique en son erreur, si l'immutabilité devait s'appliquer dans les pays où la donation était permise, n'eut aucun succès. Lebrun lui-même la repousse et sauf dans de rares auteurs, nulle autre trace n'en paraît.

Enfin nous pensons trouver argument dans le court examen des solutions admises en pays de droit écrit, bien

(1) KUNTZ, *Revue hist.*, 1884, p. 25.

(2) MERLIN (*Répertoire de jurisprudence*, t. III, p. 824 V^o *Conv. matrim.*) déclare : « Quoique les chartes générales de cette contrée permissent les donations entre mari et femme, elles ne laissaient pas de déclarer chap. XXIX, art. 8, qu'après le mariage consommé, le traité et devise d'icelui ne se pourraient changer, altérer ni augmenter. »

(3) POTHIER, *Traité des donations entre mari et femme*, nos 8 à 14.

que nous nous abstenions d'une étude sur ces pays, étrangers au droit que nous voulons connaître.

Dans ces pays, les donations entre époux n'étaient plus demeurées sous l'empire de l'ancienne prohibition romaine, mais on y adoptait les règles du sénatus-consulte de Caracalla (1), c'est-à-dire que la donation entre vifs faite par l'un des époux à l'autre devenait rétroactivement valable à l'encontre des héritiers du donateur si celui-ci était mort sans révoquer la donation. « Nous admettons dans les pays de droit écrit deux espèces de donations entre vifs, qui ne valent néanmoins qu'autant que le donateur ne les a pas révoquées avant sa mort ; la première est celle qui est faite par un mari à sa femme ou par une femme à son mari, *constante inmatrimonio*... (2). »

Pendant le principe de l'immutabilité y était admis, quoique non pleinement, comme nous le verrons par la suite. « Il ne peut être dérogé, nous dit encore Serres (3), par aucune convention postérieure des parties à aucun article de conventions matrimoniales concernant l'avantage des mariés ou de leurs enfants, ces changements ou ces dérogations sont appelés des contre-lettres, parce qu'elles se font contre la lettre du contrat de mariage et on les casse sur ce fondement que tout ce qui est porté par les contrats de mariage est immuable, suivant la coutume générale de ce royaume. »

Mais dans ce pays, l'influence romaine était encore toute puissante. Si le principe de l'immutabilité était admis comme nous venons de le voir, les solutions romaines

(1) ARGOU, *Institutions au droit français*, liv. II, chap. XI, édit. de 1762, t. I, p. 268 et 269.

(2) SERRES, *Inst.*, liv. II, t. VII, § 1^{er}, p. 119.

(3) *Inst.*, liv. II, titre XVI, p. 181.

subsistaient sur quelques points. Aussi il était permis de constituer ou d'augmenter la dot durant le mariage (1) ; il fut jugé qu'une contre-lettre qui retardait seulement le paiement de la dot et ne concernait que ces intérêts était possible (arrêt du 15 juillet 1623, Toulouse) (2). Au contraire, sur d'autres points, le principe de l'immutabilité triomphait pleinement. Ainsi la dot ne pouvait pas être diminuée durant le mariage et le motif en est précisément notre principe. La jurisprudence de Toulouse même était arrivée à proscrire les donations entre fiancés entre le contrat de mariage et la consommation d'icelui (3) et celui de Provence annulait une contre-lettre faite par le mari en faveur de son beau-père (4).

Aussi il y eut dans les pays de droit écrit combinaison des deux influences. La part de l'influence romaine était dans la liberté de constituer, d'augmenter la dot durant le mariage. La part du principe de l'immutabilité fut de proscrire tous changements postérieurs au mariage quand ils avaient pour but la diminution de la dot.

L'uniformité qu'offre l'immutabilité par toute la France, n'est donc nullement atteinte par la prohibition des donations entre époux ; le désaccord existe entre les pays de droit écrit et ceux de droit coutumier et parmi ces derniers même, il y a une grosse diversité. Cela prouve bien à notre avis que la source de notre règle n'est pas dans la législation des libéralités entre conjoints et qu'il faut la chercher ailleurs.

(1) DESPEISSES, *De la dot*, sect. II, n° 4, 24, t. I, p. 476 et 486.

(2) CAMBOLAS, *Décisions notoires de droit*, liv. 4, chap. III.

(3) Arrêt du 26 juin 1657.

(4) Arrêt du 29 mai 1643 dans BONIFACE, *Arrests de Provence*, t. II, 1^{re} partie, liv. V, titre II, chap. I^{er}.

SECTION II. — L'intérêt des tiers.

Un autre motif qui a été mis fréquemment en avant est l'intérêt des tiers. Les anciens auteurs et les arrêts de la période coutumière invoquent souvent la « foy publique, l'honnesteté du contrat de mariage ». « Les contre-lettres, dit Berthon, sont regardées comme une infidélité qui blesse la foi due à toutes personnes que cette fraude pourrait intéresser. » Cette idée était en certaines régions si développée que la Coutume de Bruxelles (art. 246) qui permettait les modifications « les déclare nulles à l'égard des créiteurs ». La même idée trouve encore son expression dans l'opinion maintes fois répétée de ceux qui proclament les contrats de mariage de droit public. « Ils sont de droit public et concernent non seulement ceux qui le font, mais la famille, la parenté et même l'État (1). » Un arrêt du 3 juin 1622 le proclame encore, « les donations et autres conventions des contrats de mariage ne peuvent recevoir aucune altération avant ou depuis la bénédiction nuptiale, non pas même du consentement des parties intéressées, comme étant tels contrats de droit public lequel n'est point sujet à changement » (2).

Certes, nous ne nions pas le grand intérêt qu'ont les tiers à être assurés de l'immutabilité du contrat de mariage. « Il serait à craindre que les tiers n'ignorent les modifications apportées au contrat primitif et soient surpris par des changements imprévus, et le mariage tout entier reste avant tout dominé par un principe de statut légal et non libre qui s'impose aussi bien au contrat de

(1) LEPRESTRE, *Arrêts*, Centurie I, chap. XCVIII, p. 243.

(2) AUZANET, s. *Cout. de Paris*.

mariage et se continue encore dans l'immutabilité des conventions matrimoniales (1) ».

Mais la question n'est pas là, nous cherchons quelle est l'influence créatrice de notre principe. A notre avis l'intérêt des tiers y fut étranger. Car pareil motif n'est vraiment plausible que si la publicité du contrat de mariage est établie. Pour des tiers qui n'ont pas connaissance du contrat de mariage, on ne voit pas quel intérêt ils peuvent avoir à ce qu'il reste immuable ! Or ce régime de la publicité n'est rien moins qu'ancien. C'est notre droit actuel qui, en 1850, a pris en ce sens des dispositions sérieuses et générales. Dans l'ancien droit, seuls les contrats de mariage de commerçants étaient soumis à publicité. L'ordonnance du commerce de 1673 exigeait la publicité pour eux et encore seulement dans le cas où ils dérogeaient à la communauté coutumière. Nous verrons même que, dans l'ancien droit, une mesure qui devait tendre à assurer de façon stable le contrat, l'authenticité, n'était pas admise partout, même dans des coutumes qui sanctionnaient cependant l'immutabilité. Qu'en conclure ? sinon que notre principe émanait de considérations supérieures à ces variétés de législation et à cet intérêt des tiers.

Celui-ci est certainement à considérer et peut nous inciter actuellement à conserver le principe, mais ce n'est pas lui qui a été l'idée créatrice.

SECTION III. — L'intérêt des familles.

Si cet intérêt général a été insuffisant, l'intérêt de personnes plus rapprochées des conjoints, de leurs parents

(1) LEFEBVRE, *Int. gén.*, p. 37.

même n'a-t-il pas été la source que nous cherchons ? L'intérêt des deux familles, voilà en effet le troisième motif invoqué. Et nos auteurs coutumiers n'ont pas manqué de le rappeler. « Les contrats de mariage doivent servir de loy et de règle dans la famille pour régler les successions et les droits des enfants qui naîtront du mariage ou d'autres héritiers (1). » Le contrat... devient après la célébration une loi entre les familles ; si des changements étaient permis, ils troubleraient le repos des familles qui prennent leur assurance dans les contrats de mariage (2). « Les contrats de mariage sont comme les lois de deux familles regardant l'intérêt des enfants à naître (3). » Enfin Berthon, dans ses *Décisions de droit civil*, dit encore : « Les contre-lettres sont regardées comme une infidélité qui blesse les bonnes mœurs et la foi due... à la femme et à ses parents qui n'auraient pas consenti au mariage sous pareilles conditions. » La jurisprudence elle-même le rappelle, un arrêt du 19 mai 1589 déclare « que le mariage établissait une loy irrévocable en la famille (4) », idée que rappelle en termes pompeux un autre arrêt du 26 janvier 1605 (5).

C'est qu'en effet le contrat de mariage a une importance capitale comme arrangement entre deux familles. Aussi la présence de celles-ci est un fait généralement constaté.

Chez les Francs, d'abord, ce concours de la famille dans les constitutions de dot est un fait indéniable. Une fille se marie, le fiancé lui apporte une dot. Qui en fixera le quan-

(1) FERRIÈRE, *Cout. de Paris*, art. 258, glose 1.

(2) PRÉVOT DE LA JANÈS, *Principes de Jurisp.*, t. II, n° 320.

(3) BOUHIER, *Commentaire sur Cout. de Bourgogne*, ch. XXI, n° 157.

(4) LOUET, lettre M, som. 4.

(5) BRODEAU SUR LOUET, lettre M, som. 4, n° 3.

tum ? Le fiancé sans doute ? Non, ce ne sera ni le fiancé seul, ni la fiancée d'accord avec son père et sa mère, mais bien le fiancé et toute sa famille réunie qui conviendront avec les parents, les amis de la fiancée de la valeur de la dot. L'opération sera au premier chef une opération de famille (1). Il suffit de parcourir les formules de cette époque pour être fixé sur ce point. Aussi, à titre d'exemple, citons une formule de M. de Rozière : « *Dum taliter apud pares vel parentes, nostros utriusque partibus complacuit nobis* (2). » C'est une tradition qui se continue à travers le temps. Au XIII^e siècle, c'est encore la famille qui parle au mariage « et li peres venist à la porte dou mostier, « ou la mère s'ele n'avoit père ou ses frères ou aucuns « qui auroit pooir de la marier... et deïst : sire je vos « doing ceste damoiseil et tant de ma terre » (3). Plus tard nous avons vu les auteurs et les arrêts constater sa présence.

Sans doute cette intervention se comprend par des considérations morales sur le consentement ordinaire de la famille au mariage, sa présence au contrat est toute logique, toutefois, la règle canonique qui ne tient pas compte des volontés des parents (4) et n'exige uniquement que celles des deux époux devaient entamer fortement ces considérations morales et en diminue l'importance de ce concours, si une autre idée, celle-là d'ordre pécuniaire n'avait maintenu l'utilité de la présence de la famille.

Nous voulons parler de la conservation des biens dans

(1) VIOLLET, *Etablissements de Saint Louis*, Introduction, t. I, p. 118.

(2) DE ROZIÈRE, formule 228 ; voir aussi les formules 231 et 233.

(3) *Et. de Saint-Louis*, liv. I, ch. cxix ; VIOLLET, t. II, p. 213.

(4) Règle qui existait dès l'époque franque. V. lettre de SIDOINE APOLLINAIRE, liv. VII, lettre 6, et GRÉG. DE TOURS, *Hist. franç.*, V. 19.

la famille. Voilà une vieille idée qui a une vie surprenante durant tout l'ancien droit. D'origine germanique (1), elle a poussé dans le droit du moyen âge et de la période coutumière de singuliers développements. « La raison, dit Ferrière (2), pour laquelle nos Coutumes se sont écartées des lois romaines en défendant aux conjoints par mariage toutes espèces d'avantages et de donations, est fondée sur le désir et le soin de conserver les biens de la famille qui a servi de fondement à la plus grande partie des dispositions coutumières ; on a considéré que l'Etat ne peut se maintenir que par ce moyen, autrement les conjoints par mariage qui n'auraient pas d'enfants se donneraient tous leurs biens l'un à l'autre et feraient passer des successions opulentes dans des familles étrangères. » En effet, comme le dit Ferrière, cette idée a été la base de nombreuses dispositions : limitation à l'usufruit de l'ancien douaire en propriété, et en gain de survie (3), règles spéciales pour la dévolution des propres, organisation des divers retraits.

L'influence de cette idée de la conservation des biens dans la famille fut telle que l'on n'a pas manqué de dire que c'était là la source de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Ce n'est pas exactement vrai. Certainement, ce principe de la conservation des biens dans la famille militait grandement pour éviter que les époux ne contreviennent à leur contrat ; aussi est-ce une considération qui a été invoquée dès les premiers arrêts relatifs à notre principe qui nous sont parvenus.

(1) LEFEBVRE, *Droit des gens mariés*, p. 530, note 2 ; KUNTZ, *Rev. gén. de Droit*, 1883, p. 503.

(2) *Sur Coutume de Paris*.

(3) LEFEBVRE, *Droit des gens mariés*, p. 494.

Mais on ne peut pas dire que l'idée de conservation a été la cause créatrice de notre règle. Si tel était le motif de l'immutabilité, en effet, le concours des membres de la famille qui avaient assisté aux conventions originaires aurait dû suffire à permettre les modifications postérieures. Si tous étaient présents et consentants, on ne pouvait plus dire que leurs intérêts fussent en danger. Cette théorie a bien essayé de se faire jour au xvi^e siècle. Ferrière nous rapporte (1) que « Tronçon et Ricard estiment que pendant le mariage on peut réformer un contrat de mariage en présence des parties qui y ont assisté ». Mais cette doctrine fut presque universellement repoussée. Robert, dans ses observations, repousse tout changement par aucun acte, de quelque qualité qu'il soit, même fait en présence et par l'avis des parents. Duplessis tient que toutes contre-lettres faites durant le mariage sont absolument nulles, quand elles seraient faites en présence de tous les parents et Ferrière déclare que c'est aussi son avis.

La seule chose qui fut admise généralement c'est que les conventions matrimoniales soient changées avant la célébration du mariage, à condition que les parents qui avaient assisté aux conventions premières assistent aussi aux modifications. Nous le verrons en étudiant les contre-lettres permises.

Pareille solution n'était pas logique, si l'immutabilité avait pour base la conservation des biens dans la famille ; seule, la solution proposée par Tronçon et Ricard, eût été en rapport avec une pareille origine. C'est donc que l'immutabilité vient d'ailleurs.

(1) *Corps et Compilat*, sur art. 258, n° 8, col. 889.

SECTION IV. — L'influence chrétienne

Les solutions, que nous avons exposées en dernier lieu, nous amènent à découvrir la véritable idée créatrice de notre règle. Nous avons vu, en effet, que la permission des contre-lettres avec le consentement des familles avait été admise entre le contrat et le mariage. Mais après la célébration, ce consentement était inefficace, « toutes contre-lettres restant interdites ». C'est donc dans une idée, en relation étroite avec le mariage lui-même, qu'il nous faut chercher l'origine. Duplessis et Ferrière avaient bien donné comme motif qu'après le mariage, c'était « un temps prohibé ». Mais nous avons rejeté, précédemment, pareille explication.

Pour nous, la vraie base de l'immutabilité est le rapport étroit que l'on a voulu établir, entre le lien du mariage indissoluble et les conventions pécuniaires relatives au mariage, irrévocables. Et nous pensons que l'influence qui a été assez forte pour assurer l'unité du principe malgré la diversité des Coutumes, la non-publicité du contrat de mariage a été ce fond de sentiments chrétiens sur lesquels reposaient les institutions du moyen-âge.

Parmi les institutions privées, aucune n'a subi cette influence, davantage que le mariage. C'est une démonstration qui a déjà été faite maintes fois. « Plus tard, puis-
« sance maritale, don mutuel, communauté et jusqu'au
« douaire, malgré ses origines lointaines, ne s'ordonnent-
« ils pas comme la vraie Coutume des gens mariés au moyen
« âge, sortie avant tous des sentiments et des mœurs dus
« au christianisme (1). » Nous ne pouvons nous étendre

(1) LEFEBVRE, *Int. gén.*, p. 6.

sur cette influence générale qui a pénétré tous les points de la législation matrimoniale d'alors (1).

Mais nous voudrions insister sur l'influence qu'ont eue la doctrine chrétienne et l'Eglise sur notre principe.

On sait quelle âpre lutte, l'Eglise a soutenue sur la question de l'indissolubilité du mariage. Dès les v^e et vi^e siècles, elle avait donné sa doctrine sur ce point (2). Toujours la lutte fut menée énergiquement. Malgré le désir du synode de Carthage, les empereurs romains ne purent sanctionner la règle chrétienne, le divorce était trop dans les mœurs romaines. Même chez les Francs, plus malléables, longtemps, les prêtres et les évêques durent combattre contre la répudiation et la polygamie entrées dans les mœurs courantes, particulièrement dans celles des rois mérovingiens (3). Alors la lutte fut particulièrement rude. Le divorce par consentement mutuel semble avoir encore existé car des formules prévoient des *libelli repudii* (4), mais déjà les législations sont conçues dans

(1) Voir les développements dans LEFEBVRE, les deux œuvres citées insistent sur cette influence prépondérante. Voir en particulier, *Int. gén.*, p. 481 et s.

(2) Le 11^e synode de Carthage, tenu le 13 juin 407, déclare : « Des époux séparés ne doivent pas contracter d'autre mariage, mais ils doivent se réconcilier ou vivre comme étant séparés, on demandera aux empereurs de rendre un décret sur ce point. *Histoire des conciles*, Mgr HÉFÉLÉ, nouv. édit., t. II, 1^{re} partie, p. 158.

Dans notre pays même, un synode tenu à Orléans le 23 juin 533 sanctionne l'indissolubilité sur un autre point (Canon II). « Des mariages contractés ne pourront pas être annulés à volonté par les parties si une maladie survient ». HÉFÉLÉ, nouv. édit., t. II, 2^e partie, p. 1134.

(3) V. sur ce point GRÉG. DE TOURS, *Hist. franç.*, IV. 3, 26 et 28.

(4) *Form. Andecav.*, 59, ZEUMER, p. 25 ; *Form. Turonenses*, 19, ZEUMER, p. 145 ; *Form. Salic. Merkel*, 18, ZEUMER, p. 248.

un sens restrictif. La loi wisigothe a tout un chapitre intitulé : « *Ne inter conjuges divortium fiat* » où elle réduit le divorce à des cas spéciaux, punit les fraudes faites pour obtenir le divorce et porte interdiction à la femme répudiée de se remarier, du vivant du mari (1).

La loi Ripuaire elle-même, dans un texte très voisin de celui qui nous a occupé, punit le mariage avec une femme, dont le mari est encore vivant, d'une amende de deux cents sous (2). L'indissolubilité avait donc déjà à cette époque fait de grands progrès ; mais c'est sous les Carolingiens que la législation civile sanctionna la règle canonique ; « qu'aucun laïc ne prenne une femme dont le mari est vivant, et aussi qu'une femme ne se remarie pas du vivant de son mari », proclame Pépin, en 744 (3), et la même interdiction est répétée par Charlemagne en 789 (4), qui indique formellement l'influence sous laquelle elle est dictée.

Quoi donc d'étonnant à ce que l'Eglise ait pensé aussi aux pactes pécuniaires, à côté de l'union des personnes ?

Cela nous semble d'autant plus logique que nous avons observé dans les conventions matrimoniales d'alors le souci d'assurer l'existence des veuves. *Dos*, puis plus tard, part de la femme dans les conquêtes, avaient, en effet, surtout ce but. Or, c'est un fait historique que l'Eglise a été

(1) V. *Lex Wisig.*, liv. III, tit. VI, chap. II ; WALTER, *Corpus*, t. I, p. 489 ; ZUUMER, p. 167 et 168.

(2) Loi Ripuaire, tit. 35 : *Si quis uxorem alienam tulerit vivo marito ducentis solidis multetur* ; WALTER, *Corpus*, t. I, p. 174.

(3) « *Similiter constituemus nec marito viventem sua mulier alius non accipiat nec mulier viventi suo viro alium accipiat* », *Capitulariæ Regum Francorum*, BORETIUS, t. I, p. 30.

(4) V. *Adminitio generalis* du 23 mars 789, art. 43, dans BORETIUS, t. I, p. 56.

la protectrice de la femme veuve. La situation exceptionnelle de celle-ci est due « aux efforts constants de l'Eglise qui l'a prise dès l'origine avec les pauvres et les orphelins sous sa protection (1). Cette sollicitude s'est manifestée dans de nombreuses dispositions conciliaires.

Dès 451, le concile œcuménique de Chalcédoine (XV^e session, can. III) a cette préoccupation (2). Elle devait aboutir à créer pour la veuve une juridiction spéciale. Le II^e concile de Mâcon (de l'an 585, can. 12) ordonne aux juges séculiers, sous peine d'excommunication de communiquer préalablement à l'évêque les affaires des veuves et des orphelins (3). Dès le VIII^e ou IX^e siècle, cette juridiction particulière est totalement établie et elle subsistera jusqu'au XIII^e siècle. Sous Philippe-Auguste, un établissement entre le roi, les barons et les clercs réserve à la femme pour les contestations relatives à son douaire, le droit de choisir entre la juridiction seigneuriale et la juridiction ecclésiastique et de forcer son adversaire à venir devant cette dernière (4), les *Etablissements de Saint-Louis* (5) rappellent pareille faculté et *Jostice et Plet*, « Note que yglise doit deffendre cause de veve et de povres personnes (6). » Aussi l'Eglise a eu durant une longue période la haute main sur les contestations relatives au douaire postérieures au mariage.

(1) VIOLLET, *Etablissements de Saint-Louis*, t. I, p. 151 et suiv.

(2) HÉFÉLÉ, *Histoire des conciles*, nouvelle édition, t. II, 2^e partie p. 775. Voir la longue note où sont cités les Pères, sur cette question.

(3) HÉFÉLÉ, nouvelle édition, t. III, 1^{re} partie, p. 210.

(4) LAURIÈRE, *Ordonnances des Rois de France*, t. I, p. 40.

(5) Liv. I, ch. xx et cxxxvii, édit. VIOLLET, t. II, p. 50 et 264.
— V. aussi BEAUMANOIR, chap. X, édit. SALMON, n^o 306, p. 151.

(6) *Livre de Jostice et Plet*, liv. X, tit. XX, § 6, *in fine*.

Mais, dès le mariage même, elle a manifesté un singulier intérêt à ces conventions pécuniaires. Dès le ^{xiii}^e siècle, on trouve des preuves certaines que de pareilles conventions avaient lieu « à porte de mostier ». Beaumanoir faisant allusion à une habitude déjà ancienne rappelle que le douaire conventionnel était autrefois constitué ainsi : « par une parole que li prestres fet dire à l'omme quant il espouse car il dist : « Du doaire qui devisés entre mes amis et les tiens te deu (1). » Pareille idée règle les rites de la cérémonie du mariage : « Comme l'espouset l'espousée « seront devant les portes de l'Eglise... adoncle prestre doit « bailler l'anel à l'espous et l'espous par la main du prestre die à l'espousée après le prestre, et premièrement ou pource : Marie de cest anel t'espous et de mon cors, t'onour, et te dou du douaire qui est devisé entre mes amis et les tiens (2). » Ce souci de relater les conventions pécuniaires dans les cérémonies du mariage alors que tant d'autres cérémonies accessoire du mariage n'y sont pas rappelées nous semblent bien être un indice de l'influence considérable qu'a eue l'idée chrétienne sur ces conventions.

Cette influence d'ailleurs a été fort bien exprimée par Laurière dans ses notes sous le texte des *Etablissements de Saint-Louis* (3). « Nous apprenons au chapitre 79 (4) « du VII^e, livre des Capitulaires que les maris doivent « constituer le douaire à leurs femmes de l'avis du curé

(1) BEAUMANOIR, chap. XIII, n° 12.

(2) *Missel à l'usage de Paris*, traduit en français, Manuscrit milieu du ^{xv}^e siècle, ancienne Bibliothèque du Roi, f° 216 et s. Dans PAULIN PARIS, *Les manuscrits français de la Bibliothèque du Roi*, t. II, p. 81.

(3) *Ordonnances des Rois de France*, t. I, p. 117, note.

(4) C'est une erreur, c'est le chap. 179 qui a visé ce point. Voir BALUZE, t. I, col. 1062.

« et des amis communs.... De là vient que les douaires
« ont été constitués aux portes des moustiers ou des égli-
« ses ainsi que les *maritagiums* des femmes, c'est-à-dire ce
« que les femmes donnaient ou apportaient en mariage à
« leurs époux comme il se voit dans ce chapitre et dans
« le chapitre 18 de ce livre. » Laurière nous rappelle ainsi
le contrôle qu'exerçait l'Eglise sur les principales clauses
des conventions matrimoniales à l'époque où son in-
fluence était prépondérante, clauses dont elle sanctionnait
l'absence par le refus de bénédiction nuptiale.

L'immutabilité des conventions matrimoniales nous
semble, en outre, être une conséquence de la doctrine
chrétienne, telle qu'on l'appliquait au moyen-âge, quant
au mariage.

A cette époque, le mariage (et nous entendons par là,
non pas l'état de mariage, mais la célébration même),
était regardé comme une institution supérieure aux au-
tres, appartenant plus au droit divin qu'aux réglementa-
tions humaines.

C'est qu'alors le mariage est un sacrement, et on ignore
la distinction qui se fera, bien plus tard, entre le mariage
sacrement et le mariage contrat civil.

Comme l'a écrit M. Lemaire (1) : « L'Eglise est alors maî-
tresse absolue du mariage ou sacrement de mariage, on
peut dire l'un ou l'autre, car alors c'est tout un. »

Ce caractère exceptionnel, reconnu au mariage, lui fit
entraîner des effets auxquels il ne fut pas permis de tou-
cher : effets quant aux personnes, tout d'abord, nous
l'avons vu précédemment en parlant de l'indissolubilité ;
effets, aussi, quant aux biens, en ce que, par le fait même de

(1) *Le mariage civil*, thèse Paris, 1904, p. 37.

leur union les époux voyaient leurs biens tomber sous un régime inévitable, celui de communauté si fortement imprégné des sentiments chrétiens, fondements de toute l'institution matrimoniale.

Le régime des biens à l'origine était même un effet tellement inhérent au mariage qu'aucune dérogation n'y paraissait possible. De même que le sacrement entraînait l'union des personnes dans des conditions rigoureusement déterminées, sans qu'une modification conventionnelle des parties y soit concevable, et pour toujours, de même l'union des biens se faisait selon le mode institué par la coutume chrétienne, sans que les conventions des parties y puissent rien changer et pour un temps qui ne pouvait être autre que celui de la durée du mariage. Ainsi l'immutabilité de ces conventions pécuniaires accessoires paraissait comme une conséquence logique de la nature exceptionnellement grave du mariage lui-même.

Comme nous l'avons déjà dit, lorsque la liberté des conventions matrimoniales s'établit, l'immutabilité subsista. Car le mariage restait indissoluble, le lien entre époux était toujours intangible, et si l'on permit, avant le mariage, quelques timides modifications au statut légal des époux, quant à leurs biens, il n'en resta pas moins qu'après le mariage célébré, aucune autre modification n'était possible.

Et de graves raisons justifient cette manifestation nouvelle de l'influence chrétienne ; on comprend fort bien qu'elle ait tendu à faire participer en quelque sorte ces conventions pécuniaires à l'irrévocabilité qu'elle établissait pour le mariage lui-même en le rendant indissoluble.

C'était une mesure de sage prévoyance ! Il fallait éviter

autant que possible, que la paix du ménage, l'union des époux ne vinssent à être traversées par les discussions d'intérêts qu'auraient amenées la possibilité des changements postérieurs au mariage. Le souci de la paix du ménage est en effet une des raisons sur lesquelles insistent dans le droit coutumier auteurs et arrêts. « S'il était permis après le mariage de réformer le contrat, une femme ferait tant par ses adresses qu'elle tirerait un consentement de son mary pour faire réformer son contrat de mariage au profit de ses héritiers, sinon, il se verrait exposé à des mauvaises humeurs continuelles », nous dit Ferrière (1). « S'il était permis d'altérer les clauses des conventions matrimoniales, celui des deux conjoints qui aurait le plus de pouvoir sur l'esprit de l'autre n'oublie rien pour faire changer à son avantage les conventions, et en cas de refus cela ne manquerait pas de causer entre eux des querelles qui troubleraient l'union et la concorde que l'intérêt public veut qu'on entretienne entre mari et femme », déclare Bouhier (2). C'est aussi l'opinion de Prévot de la Janès : « Si les changements étaient permis, ils troubleraient la paix du ménage (3). »

Dès 1589, l'un des premiers arrêts qui nous soient parvenus sur la question rapporte cette conclusion du demandeur « que si l'on permettait de contrevenir à tels contrats, il n'y aurait bon ménage qui ne fût traversé (4). » Aussi pensons-nous voir encore là un motif qui a dû guider l'influence chrétienne dans l'établissement de l'immutabilité.

(1) *C. et Comp.*, sur 258 de Paris.

(2) BOUHIER sur BOURGOGNE, t. XXI, n° 157.

(3) Tit. III, n° 320.

(4) LOUET, lettre M, sommaire IV, n° 2.

Et quand les anciens arrêts parlent des conventions matrimoniales en disant « qu'elles étaient *juris publici* » « d'autant que des contrats de mariage *pendebat generis* » « *humani propagatio* (1) » ou sont fondés comme celui du 19 mai 1589 « sur l'utilité publique, l'honnêteté d'entre « mari et femme et le repos des mariages qui n'admet « point que l'on puisse réformer son contrat de mariage « après la consommation (2) », ou proclament « que ces « contrats de mariage sont de si grand poids et de si « grande considération que si les clauses et conventions « y apposées doivent demeurer stables, fermes et entière- « ment inviolables » (3), n'est-ce pas là faire allusion à l'importance exceptionnelle du contrat de mariage, particulièrement augmentée depuis que le lien qu'il complétait avait été rendu indissoluble (4).

De même l'intérêt des enfants, qui a toujours été une grave considération pour l'indissolubilité, était aussi invoqué en faveur l'immutabilité : « Ce qui est fait par contrat « de mariage, dira au XVIII^e siècle l'auteur du *Traité des* « *contrats de mariage*, ne se peut détruire, la postérité à « venir de ceux qui en contractent est comme une tierce « personne intéressée au préjudice de laquelle on ne peut « rien innover. Voilà pourquoi, en France, on favorise si « fort les contrats de mariage parce que les dispositions « en sont immuables, servant de règle à la fortune des « familles aussi bien que de titre à la naissance des « hommes (5).

(1) MONTHOLON, arrêt du 26 janvier 1603, n° 150.

(2) LOUET, M, sommaire IV, n° 1.

(3) Arrêt du 26 août 1638 ; BARDET, t. II, liv. VII, chap. XLI, p. 324.

(4) Voir encore sur ce point, TRONÇON, *Commentaire sur Coutume de Paris*, art. 258, p. 536.

(5) *Traité des contrats de mariage*, ch. II, p. 31.

D'ailleurs cette relation étroite entre le lien de mariage et les conventions accessoires n'est pas une notion qui se soit totalement perdue de vue, et bon nombre d'auteurs coutumiers avaient conservé la vraie tradition et donnaient, comme motif à l'immutabilité des conventions matrimoniales, leur connexité avec le mariage.

Qu'on nous permette de citer Leprestre, où notre opinion est magistralement exposée.

« Le mariage estant indissoluble et devant *individuum*
 « *vitae consuetudinem continere* les conventions et pactions
 « en doivent estre immuables *cum pacta debeant imitare*
 « *naturam contractuum quibus apponantur. Instrumentum*
 « *matrimonii*, comme disent nos vieilles lois Ripuaires,
 « *debet perpetualliter inconvulsum permanere* non seulement
 « parce que ce contrat n'est pas seulement des choses et
 « des biens, mais aussi des personnes qui s'unissent et se
 « doivent tellement unir en volonté, que de deux il n'en
 « soit plus qu'une, ils ne peuvent plus vouloir pour le
 « regard l'un de l'autre et ne peuvent plus être remis en
 « entier après la consommation du mariage, ny en tel
 « estat qu'elles estoient auparavant iceluy (1). »

Peut-on mieux rappeler l'origine véritable ? C'est encore ce que dit Brodeau. « L'authenticité publique d'un contrat
 « de mariage ne pouvant être blessée sans violer en quel-
 « que sorte la dignité du sacrement qui le confirme, sou-
 « tient et fait subsister toutes sortes de conventions licites
 « qui ne combattent point l'honnêteté du mariage (2). »

Les arrêts eux-mêmes rappellent cette influence, un ar-

(1) LEPRESTRE, *Arrêts*, édit. 1679, p. 343, centurie I, ch. LXXXVIII, n^{os} 10, 11, 12.

(2) Sur LOUET, let. M, som. IV, n^o 3.

rêt du 5 avril 1605 rappelé par Louet (1) qui l'explique, admet les conclusions des héritiers de Pierre Bernier : « Il « faut considérer que *per contractum matrimonii ex duabus « personis una sit persona una caro, duo in carne una* ». Or ces formules ne rappellent-elles pas étonnamment la Genèse « *adherebit uxori suae et erunt duo in carne una* ». Louet continue ensuite : « Que *Christianorum legibus* l'on « a été de beaucoup plus retenu à toucher et contrevenir « aux conventions matrimoniales ». Voilà bien la véritable origine de notre principe, rappelée, voilà l'influence créatrice qui rend compte de sa belle unité en face des divergences et des subtilités qu'avaient maintenues les idées romaines, que Louet, d'ailleurs, rappelle en montrant que leurs solutions n'avaient pas cette unité.

Un autre arrêt du 17 mai 1677 (2) énumérant les raisons de l'immutabilité, déclare : « La première raison résulte « de la connexité qu'il y a entre le mariage, qui est indis- « soluble après qu'il a été une fois célébré, et les conven- « tions sous lesquelles il a été contracté, lesquelles doivent « être de même nature. »

Pour nous résumer sur l'influence que nous croyons créatrice de notre principe, nous dirons que la doctrine chrétienne, qui avait réussi à créer l'indissolubilité du lien matrimonial, dut tendre à assurer la même irrévocabilité aux conventions accessoires d'intérêt, et cela parce que, à l'origine, les bénéficiaires en étaient les veuves qu'elle protégea toujours, que, par là, elle maintenait la paix du mé-

(1) Lettre M, som. IV, n° 2.

(2) Et non d'avril 1677, comme l'écrivit M. KUNTZ, *Revue générale*, 1883, p. 25. — V. cet arrêt *Journal des audiences*, t. III, p. 232, 2^e colonne.

nage, rehaussait le contrat de mariage. Si sur d'autres points l'influence de l'Eglise, c'est-à-dire de ses pouvoirs constitués et de son droit canon a été très agissante, nous pensons que pour notre principe c'est plutôt la doctrine chrétienne elle-même, qui, appliquée logiquement, tendit à établir notre immutabilité. Aucun texte de concile n'a visé directement notre cas, et cependant les conciles ont réglementé bien des détails. Mais la doctrine avait tant pénétré la vie et les institutions, qu'à défaut de texte les mœurs les complétaient. L'esprit avait suppléé la lettre.

Et cette origine rend compte des développements de la règle malgré les divergences des coutumes ; elle explique comment le consentement des familles, suffisant pour bouleverser les conventions avant la célébration du mariage, était inopérant après, c'est qu'alors le sacrement avait été conféré, et rien, ni de près ni de loin, ne devait venir l'atteindre.

Nous parlons de l'unité du principe ; cependant il y avait des divergences indéniables. Remarquons, de suite, qu'elles étaient inévitables, étant donné la multiplicité des législations, et si l'on recherchait les questions sur lesquelles, quant aux institutions privées, l'unanimité s'était établie dans l'ancien droit, on n'en trouverait guère. On peut donc parler d'uniformité quand les applications d'un principe n'étaient différentes qu'à des points de vue secondaires.

Mais, parmi ces différences, il en est une qui est assez importante pour retenir l'attention et créer une objection à l'origine que nous adoptons. « Pourquoi, pourrait-on dire, les pays de droit écrit avaient-ils conservé la permission de constituer ou d'augmenter la dot après le mariage ? »

N'avaient-ils pas été soumis, eux aussi, à l'influence chrétienne ? » La réponse a été déjà faite pour expliquer comment ces mêmes pays, bien que soumis à l'influence chrétienne, n'avaient pas admis la communauté. La cause en est le droit romain dont l'édifice bien compact et solide avait plus résisté que les institutions barbares. « Sur toutes ces institutions romaines, *Patria Potestas*, *Dot* et *Velléien*, conçues sur des plans si étroits, mais si nettement dessinées et fermement construites, les textes saints et la doctrine chrétienne n'avaient prise que malaisément pour les abattre et les transformer (1). » Voilà où fut le véritable obstacle.

Enfin peut-être sera-t-on étonné que ce motif n'ait pas toujours été reconnu. Nous avons vu qu'il a été cité et rappelé comme les autres, bien qu'à une certaine époque, les considérations utilitaires aient semblé l'éclipser particulièrement après la Renaissance romaine. Mais c'est encore là un fait qui n'est pas sans d'autres exemples. M. Lefebvre cite le douaire comme ayant passé par la même évolution (2). Aux siècles, en effet, où le sentiment chrétien s'est affaibli, par suite de la Renaissance, il a semblé étrange que des sentiments intimes aient pu agir sur les institutions juridiques. On a voulu tout expliquer à la mode romaine par des considérations d'intérêt et d'utilité. Le présent nuptial tout de sentiment de Tacite, développé en douaire par l'esprit chevaleresque et chrétien, devint une mesure compensatoire pour la femme de son exclusion des successions de ses parents. De même nous nous expliquons que l'influence chrétienne ait été oubliée pour faire place à la prohibition des libéralités entre époux que

(1) LEFEBVRE, *Int. gén.*, p. 478.

(2) LEFEBVRE, *Int. gén.*, p. 475.

répandait l'influence romaine, puis aux considérations de l'intérêt des tiers.

« Quand il ne sera plus compris et expliqué par ce genre de considération, ce douaire légal si inconnu des Romains, si manifestement chevaleresque et chrétien sera critiqué et tombera (1). » Il nous semble encore voir une analogie entre le sort du douaire et celui qui menace notre principe. L'influence chrétienne a été depuis longtemps oubliée, et le divorce a reparu dans nos lois, avec ses tristes conséquences dans les mœurs. Par conséquent aucun besoin à ce point de vue d'assurer une indissolubilité qu'on rejette. Mais tous les motifs donnés après coup, sont tombés ou menacent ruine, les donations entre époux sont permises, la conservation des biens dans la famille a été rejetée par le droit nouveau. Quant à l'intérêt des tiers, la publicité qui le sauvegarde, à l'égard du contrat de mariage, pourrait le conserver à l'encontre des modifications postérieures (2). Ainsi il ne reste plus à l'immutabilité que de bien faibles arguments (3). La vraie base de l'immutabilité ayant été oubliée, elle est attaquée de tous côtés, des codes étrangers l'ont déjà répudiée et son avenir est incertain.

C'est encore, pour nous, une raison de penser que l'origine n'en était pas dans ces motifs, nés après coup, mais bien dans ce qui a été le fondement de nos institutions matrimoniales, l'idée chrétienne.

(1) LEFEBVRE, *loc. cit.*

(2) Voir sur ce point GUÉRIN, *De l'immutabilité des conventions matrimoniales*, thèse 1906, p. 224 et suiv. ; KUNTZ, *Rev. gén.*, 1884.

(3) Cependant elle est encore soutenue par la jurisprudence actuelle. — Voir Paris, 24 mars 1903, D. 1903.2.4.

DEUXIÈME PARTIE

ÉTUDE DE L'IMMUTABILITÉ DANS LE DROIT DES COUTUMES RÉDIGÉES

(du XVI^e au XVIII^e siècle).

Nous voici à la fin du xvr^e siècle ; les Coutumes sont rédigées, l'on est, enfin, en possession d'un corps de droit, sur lequel on peut s'appuyer. Les arrêts sont publiés et conservés soigneusement dans des recueils très répandus, le texte des Coutumes est annoté et commenté par des praticiens habiles.

Il est donc facile, dès lors, d'étudier les applications de notre principe. C'est ce que nous allons faire dans cette seconde partie, étudiant d'abord la portée générale de la règle, puis les applications particulières aux régimes, à leurs conséquences et aux donations insérées dans le contrat de mariage, et ensuite les rapports du principe avec les contrats entre époux et les changements de domicile après le mariage. Nous verrons enfin la sanction de la règle et ses exceptions.

CHAPITRE PREMIER

PORTÉE GÉNÉRALE DE L'IMMUTABILITÉ.

Malgré la rédaction des Coutumes, l'immuabilité n'a pas été, dans l'ancien droit, textuellement visée par la plupart d'entre elles. Ce n'est même pas dans des Coutumes de la région de l'Ile-de-France, que la règle a été formulée pour la première fois, mais dans des Coutumes de la région du Nord. « Après le lien du mariage, quoiqu'il
« n'y ait que les fiançailles faites, l'on ne peut faire de
« conventions ou contrat de mariage, et les conventions
« de mariage qui sont faites deuement, avant aucun lien de
« mariage, le mari et la femme ensemble ne les peuvent
« rompre ny les révoquer (1). » « Après le mariage consommé, le traicté et devise d'iceluy ne se pourra changer,
« altérer, ny augmenter n'est pour accroissement d'assenes et ravestissement pour meubles (2). » Voilà les deux seuls textes des Coutumes visant expressément l'immuabilité que nous ayons trouvés.

On peut être étonné de ne pas nous voir citer le texte connu de l'article 258 de la Coutume de Paris : « Toutes

(1) Coutume d'Audenarde, rubrique XVI, art. 19 ; BOURDOT DE RICHEBOURG, t. I, p. 1087.

(2) Coutume de Hainaut, chap. XXIX, art. 8. La fin de ce texte prévoit deux libéralités spéciales aux régions flamandes. — Voir sur ce point la thèse de M. LOTTHÉ, *Le droit des gens mariés dans les Coutumes de Flandre*, Paris, 1909, particulièrement p. 105 et suiv.

« contre-lettres faites à part et hors la présence des parents « qui ont assisté aux contrats de mariage sont nulles », d'ailleurs reproduit par les Coutumes d'Orléans (1) et de Calais (2). Nous nous expliquerons plus loin sur ce point, et montrerons que, bien que cet article ait été invoqué à l'appui de notre règle, il visé les contre-lettres antérieures au mariage, ce qui est bien différent.

La Coutume de Paris et de nombreuses autres, d'ailleurs, se bornaient à mentionner les conséquences du principe de l'immutabilité relatives au temps où se peuvent faire les conventions matrimoniales (3), au temps où commence la communauté (4), à la prohibition de la séparation de biens volontaire. Nous retrouverons, dans l'étude détaillée des applications du principe, ces divers textes et nous les étudierons alors.

Mais nous verrons que ce silence des Coutumes n'empêchait en rien la large application générale de la règle.

Seules, quelques régions la rejetaient. « Il est certain que, sous les ressorts des Coutumes et usages des ci-devant provinces de Brabant et de Malines, il était permis aux époux de faire entre eux tels changements ou modifications à leur contrat de mariage qu'ils trouveraient convenir, que les époux pouvaient également dissoudre leur communauté conjugale, faire une séparation de biens meubles et immeubles, sans que, pour rendre ces contrats obligatoires, il fût nécessaire d'avoir un décret du juge civil ou une séparation de corps et de biens du juge ecclé-

(1) *Nouvelle Coutume*, art. 223.

(2) *Coutume de 1583*, art. 59.

(3) Orléans, *Ancienne Coutume*, art. 173 ; *Nouvelle Coutume*, art. 20.

(4) Paris, *Nouvelle Coutume*, art. 220.

siastique », dit un arrêt de l'an XI (1). En effet, la Coutume de Bruxelles statuait que : « Les contrats de mariage, avec les conditions insérées, doivent être valides et sortir effet entre les mariez, leurs enfants et héritiers, si longtemps qu'ils ne soient dument révoquez par autre contrat, testament ou disposition, laquelle révocation se peut faire durant le mariage. » C'était on ne peut plus formel. C'est même peut-être en raison de ce voisinage de la Coutume contraire, que les Coutumes d'Audenarde et de Hainaut avaient cru devoir stipuler expressément la règle de l'immutabilité, afin d'éviter une confusion qui, ailleurs, n'était pas à craindre ; cela expliquerait le texte exceptionnel de ces Coutumes en face du silence général des autres, malgré l'acceptation de la règle par toutes.

En Alsace aussi, l'immutabilité était rejetée. « Considérant qu'en Alsace, avant le Code civil, les époux pouvaient changer les conventions matrimoniales, même par des actes sous-seings privés », dira un arrêt de la Cour de Colmar, du 16 mars 1824 (2), qui validera une modification, faite avant le Code, à une libéralité entre époux stipulée par le contrat de mariage.

Mais l'on peut remarquer que ces régions qui n'admettaient pas l'immutabilité étaient excentriques. La vraie région coutumière y était au contraire fidèle.

Ayant vu l'état de la question dans les textes, il nous reste, avant d'entrer dans l'examen détaillé, à voir à quelles modifications s'appliquait la règle de l'immutabilité, puis il nous faudra étudier plusieurs conséquences générales de la règle :

(1) Arrêt du 30 germinal an XI, confirmant un arrêt de la Cour de Bruxelles du 11 ventôse an XI.

(2) Dalloz, V^o *Contrat de mariage*, n^o 330, note 2.

- 1° La nécessité de passer le contrat avant le mariage.
- 2° L'authenticité du contrat de mariage.

SECTION I. → Quelles modifications sont prohibées ?

Dès qu'un mariage se projette, les conditions pécuniaires en sont convenues, puis on les rédige par écrit, après quoi le mariage est célébré. On conçoit donc des modifications aux conventions matrimoniales ou contre-lettres avant et après la célébration. Nous verrons dans un premier paragraphe, quelle est, à cet égard, l'étendue du principe de l'immutabilité. Enfin parmi les modifications des deux époques, il en est de plus ou moins graves ; nous rechercherons quelles sont celles qui tombent sous la prohibition de notre règle.

§ 1^{er}. — Portée du principe selon la date des contre-lettres.

En faisant rentrer les deux textes des Arrêtés 5 et 6 de Lamoignon dans la théorie de l'immutabilité des conventions matrimoniales, nous allons contre une tendance actuelle.

En effet, les articles 1395 et 1396 et suivants qui sont les expressions correspondantes dans notre Code civil de ces deux arrêtés, ne sont pas rattachés, par tous, à la même idée. Aussi, on peut se demander si l'article 258 de la Coutume de Paris est relatif à la question de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Cet article, en effet, examine exactement la même question que l'Arrêté 6 de Lamoignon et l'article 1396 du Code civil : la question de validité des modifications apportées au contrat de mariage,

avant le mariage. Et pour certains auteurs contemporains, c'est un point totalement étranger à l'immutabilité des conventions matrimoniales, qui ne s'applique qu'aux changements, que les époux voudraient faire après la célébration du mariage (1). Quant aux modifications antérieures à la célébration, elles sont possibles, les époux étant libres de faire telles conventions qu'ils veulent, et les mesures restrictives admises par l'article 258 de la Coutume de Paris, puis par l'article 1396 seraient amenées par des considérations étrangères.

Sans vouloir entrer dans la discussion de cette controverse actuelle, nous remarquerons que parmi les auteurs contemporains, certains n'examinent la possibilité des modifications entre le contrat et le mariage que comme une exception à la règle de l'immutabilité (2) ou tout au moins comme une disposition en étroit rapport avec elle (3). D'ailleurs « on ne doit considérer comme soumis aux conditions exprimées par les articles 1396 et 1397 que les actes qui apportent réellement un changement aux conventions précédemment arrêtées, ce sont justement ces mêmes actes qui seraient nuls, s'ils intervenaient après la célébration du mariage » (4). « Ce sont ceux qui, opérés durant le mariage, seraient nuls, en vertu de l'article 1395, comme violant le principe de l'immutabilité » (5).

Quoi donc d'étonnant à ce que, dans l'ancien droit, la nuance subtile entre les modifications antérieures au ma-

(1) En ce sens, LAURENT, *Contrat de mariage*, n° 89.

(2) Voyez par exemple PLANIOL, t. III, les n° 819 et suiv., rangés sous la rubrique « *Immutabilité des conventions matrimoniales* ».

(3) LE COURTOIS et SURVILLE, *Contrat de mariage*, t. I, n° 124, p. 158.

(4) PLANIOL, t. III, n° 823.

(5) LE COURTOIS et SURVILLE, *loc. cit.*

riage et celles qui l'ont suivi n'ait pas été saisie par les jurisconsultes. C'est un fait constant, que nos anciens auteurs traitent toujours en même temps des contre-lettres passées après le mariage et des contre-lettres rédigées dans l'intervalle qui sépare ce contrat de mariage de la célébration. Les uns et les autres sont des changements aux conventions matrimoniales effectués après la rédaction du contrat de mariage (1). Pour prohiber les deux sortes de modifications, les mêmes motifs étaient invoqués : l'intérêt des deux familles, des enfants à naître, des héritiers, le respect de la foi publique et l'importance du contrat de mariage ; la seule différence était qu'au lieu d'invoquer le motif de la paix du ménage qui était proposé entre les modifications postérieures, on parlait du danger que pouvait créer une passion irréfléchie.

Il faut même ajouter que ce ne sont pas là les deux seules périodes où l'on s'est occupé des modifications matrimoniales, mais que la majorité de la doctrine et la jurisprudence visaient encore les contre-lettres antérieures au contrat de mariage lui-même et que s'appuyant sur le même article 258 de la Coutume de Paris, elles les annulaient. Voyons d'abord ce point.

A. — Assimilation des modifications faites avant
ou après le contrat de mariage.

« La Coutume ne distingue pas les contre-lettres faites
« avant le contrat de mariage d'avec celles faites depuis,
« car les unes et les autres sont également réproouvées (2). »
« Quoique cet article semble être restreint aux contre-

(1) KUNTZ, *Revue générale de droit*, 1883, p. 497.

(2) AUZANET, sur *Coutume de Paris*, art. 258, p. 197.

« lettres faites après le contrat de mariage, il a lieu pour
 « celles qui sont faites avant, et il faut dire que la Coutume,
 « en cet article, a exprimé le cas le plus fréquent; mais
 « que cela n'empêche pas qu'il n'ait lieu pour celui qui
 « est omis, y ayant parité de raison » (1). « Ainsi il est également défendu aux futurs conjoints de se précautionner par quelque acte contre les clauses qu'ils prévoient qui seront insérées dans leur contrat et de déroger à ce qu'il y a été stipulé, dans le temps intermédiaire du contrat et de la célébration du mariage. Quoiqu'il leur soit libre de refuser de passer outre au mariage, ils n'ont pas le pouvoir en l'accomplissant de changer aucune des conventions arrêtées du consentement des parents » (2). Toute la doctrine est en ce sens (3).

La jurisprudence, elle-même, assimile les deux sortes de contre-lettres. Dès le 16 juin 1565, un arrêt rapporté par Charondas (4) annule la contre-lettre antérieure au contrat de mariage par laquelle le gendre reconnaît, que encore que, par le contrat, le beau-père lui promette 2.000 écus, toutefois il ne lui en baillera que mille.

Le 27 février 1595 (5), un arrêt annule une donation entre futurs époux faite quelques jours avant que le contrat de mariage soit passé ; « depuis fut fait et passé le contrat de mariage sans faire aucune mention de la donation secrète faite auparavant ». Bouchel, qui rapporte cet

(1) FERRIÈRE, *Corps et Comp.*, sur art. 258, n° 5.

(2) VALIN, sur la *Coutume de La Rochelle*, art. 48, § I, n° 20, p. 690.

(3) BRODEAU sur LOUET, let. C, som. 28, n° 4 ; CHARONDAS LE CARON, liv. II, *Réponses*, rép. 34 : « Que telles contre-lettres faites en fraude du futur ou ja contracté mariage... » ; LHOMMEAU, III, n°s 126-127.

(4) *Réponses*, liv. VIII, rép. 33.

(5) ROBERT, *Arrêts et choses jugées*, liv. I, ch. II, p. 17. — Cet arrêt rapporté aussi par LOUET, let. C, som. 28, donne la contre-lettre comme précédant le mariage.

arrêt (1), dit que la Cour s'était fondée « sur ce que, peu auparavant ladite donation, il y avait eu accord verbal des conventions, mais le contrat fait *in scriptis* ne rappelait en rien cet accord verbal ». La contre-lettre cassée était donc bien antérieure au contrat. Le 10 février 1596 une donation de 20.000 livres faite par Danival à Dorchial son mary, deux jours avant le contrat de mariage, est déclarée nulle (2).

En Bretagne, un arrêt du 18 juin 1619 (3) confirmant sentence dont était appel, annule la contre-lettre passée quatre jours avant le contrat de mariage, et cela, malgré que l'on ait soutenu « que la préexistence du contrat de « mariage était admise par les arrêts ». Enfin le 19 février 1716 (4), un arrêt, confirmant une sentence des requêtes, du 10 avril 1715, déclare nulle la donation faite par Judith de Montmorency le 28 janvier 1700, parce que cette donation n'a pas été rappelée au contrat de mariage du 8 février 1700, quoiqu'il n'y eût aucuns parents à ce contrat de mariage. Ce dernier arrêt est même plus rigoureux que les autres, puisque ce n'est pas l'absence des parents à la contre-lettre qui l'a motivé, mais le seul fait que la donation était « hors » le contrat. « Ainsi, ajoute Brillon (5), l'arrêt décide que l'on doit regarder comme contre-lettre, les actes passés avant le contrat de mariage à cause des mots « à part » qui sont dans la Coutume de Paris. »

(1) V^o *Contre-lettres*, t. I, p. 682.

(2) LOUET, let. C, som. XXVIII, n^o 1.

(3) FRAIN, t. I, plaidoyer 65, p. 248 et suiv.

(4) Cet arrêt est rapporté ou cité par POTHIER, *Int. à communauté*, n^o 14 ; VALIN, sur La Rochelle, art. 48, t. I, n^o 20, p. 690 ; MERLIN, *Rép. de jur.*, V^o *Contre-lettres*, n^o 7, t. III, p. 724.

(5) *Dict. des arrêts*, V^o *Contre-lettres*, p. 415.

Les arrêts contraires sont bien rares et critiqués. Un arrêt de janvier 1588 (1) reconnaît valable une donation secrète passée, en 1564, deux jours avant le contrat de mariage ; mais Bacquet ajoute aussitôt : « Toutefois il est certain que toutes telles donations et avantages faits hors le contrat de mariage et en l'absence des parents ont toujours été révoqués en doute. »

Ainsi l'assimilation entre contre-lettres antérieures et postérieures au contrat de mariage était complète. En effet, ainsi que le disait Ferrière, il y a parité de raison et l'arrêt du 27 février 1595 (2) déclare telles contre-lettres contre l'honnêteté publique.

Bien entendu la période préliminaire au mariage durant laquelle de telles contre-lettres étaient annulées n'était pas indéfinie, et Ferrière déclare nettement « que si la donation était faite dans un temps auquel ceux entre lesquels la donation aurait été faite n'auraient pas songé à se marier ensemble, telle donation ne passerait pas pour contre-lettre » (3).

**B. — Confusion des modifications faites avant ou après
la célébration du mariage.**

Cette confusion des deux périodes, que nous distinguons actuellement, était faite par nombre d'auteurs. « Toutes contre-lettres qui sont faites avant ou après le mariage hors la présence des parents qui y ont assisté sont nulles » déclare Bobé (4).

(1) BACQUET, *Droits de justice*, chap. XXI, n° 364.

(2) Déjà cité et rapporté en outre par CHARONDAS, *Commentaire sur Paris*, 258, p. 186, et au liv. II, Rép. 34 de ses *Réponses*, p. 41.

(3) FERRIÈRE, *Corps et Comp.*, sur art. 258, n° 44, t. III, col. 870.

(4) *Commentaire sur Coutume de Paris*, 258, p. 155. — Dans le

Nous trouvons encore une preuve de cette confusion dans les conclusions de l'avocat général Joly de Fleury dans un procès solutionné par un arrêt du 21 juin 1701 (1) :

« ...Qu'il n'était plus nécessaire d'établir les principes cons-
 « tants en matière de contre-lettres, que toutes contre-
 « lettres, qui tendent à changer les clauses d'un contrat de
 « mariage, sont nulles, d'une nullité prononcée par la
 « Coutume. Le contrat de mariage est un acte de droit
 « public... ; les parties n'y peuvent déroger par un acte
 « postérieur, ce changement tombe dans le cas d'un avan-
 « tage indirect prohibé entre les personnes mariées. Inu-
 « tile d'appuyer d'autorité une vérité si constante ; les
 « arrêts l'ont jugé avant la réformation et avant le nou-
 « vel article. Il y en a un arrêt rendu en la V^e Chambre
 « des enquêtes par lequel une dérogation à une clause,
 « qui réduisait la communauté à 2.000 livres, a été jugée
 « non valable. Aussi depuis la réformation la même chose
 « a-t-elle été jugée. On ne pourroit même se réduire au
 « droit commun, car si, ayant été fait une donation mu-
 « tuelle, s'il n'y a enfans, douze années, après, la femme
 « donne à un parent la moitié de ses biens déchargez de
 « toutes dettes, le mari réclame, dans ce cas la donation a
 « été déclarée nulle. » La confusion est évidente. L'espèce
 citée en dernier lieu est bien certainement le cas d'une
 contre-lettre postérieure au mariage, « douze années après »,
 nous dit Fleury ; quant à la première, il est facile de recon-
 naître l'espèce du célèbre arrêt Le Coigneux, de 1589, sur
 lequel nous reviendrons, et qui a statué sur une modifica-

même sens : JOVET, *Jurisprudence en maximes*, Maxime 72, p. 78,
 « Toutes contre-lettres faites avant ou après le mariage, sont nulles
 d'autant que telles contre-lettres sont contre l'honnêteté publique. »

(1) *Journal des audiences*, t. V, liv. I, chap. XXXIV, p. 107 et 108,

tion postérieure de huit ans au mariage (1). Ce sont donc deux contre-lettres postérieures que de Fleury rattache ici à l'article 258. De plus, si l'on relit les motifs qu'il donne, on verra que ce sont là des considérations qui s'appliqueraient indistinctement aux modifications faites tant avant qu'après le mariage.

Roussilhe commet exactement aussi la même confusion, et cela est d'autant plus intéressant qu'il écrivait pour l'Auvergne, c'est une preuve que la confusion était assez répandue (2).

Mais nulle part elle n'éclate mieux que dans Ferrière, lorsqu'il commente l'article 258 de la Coutume de Paris (3).

Il résulte de la lecture entière du commentaire de l'article 258 que pour Ferrière cet article vise la règle de l'immutabilité. Après avoir rappelé qu'il « contient un droit général pour toute la France comme nous remarquons par plusieurs arrêts de tous les Parlements », il continue : « De cet article il s'ensuit » ; et il énumère toute une série de conséquences se rapportant, d'après lui, à l'article 258. Or, parmi ces conséquences, nous le voyons

(1) V. LOUET, lettre M, som. IV.

(2) V. *Traité de la dot*, édit. SACAIZE, ch. III, sect. V, n° 78.

Après avoir cité l'article 258 de Paris et défini la contre-lettre, ROUSSILHE écrit : « Quoique ceux qui sont libres pour se marier n'aient pas besoin d'appeler leurs parents, pour assister à leur contrat de mariage, cependant, quand ils ont été présents, les époux ne peuvent par d'autres actes *antérieurs ou postérieurs* à la célébration de leur mariage, faire de nouvelles conventions sans y appeler les parents respectifs qui ont été témoins au contrat de mariage ; si on le fait, cela est nul comme contre-lettre. »

(3) Le *Commentaire* que nous visons ici est celui *sur la Coutume de Paris*, augmenté par SAUVON D'ARAMON, t. II, p. 156 et suiv. et non le *Corps et Compilation*.

énumérer, pêle-mêle, des solutions de pratique qui dérivent, les unes de la nullité des modifications antérieures faites, sans les formes exigées, les autres de la nullité de toutes modifications après la célébration du mariage.

Dans les conséquences numérotées 2 et 4, il y a des espèces que l'on retrouve, dans les recueils de jurisprudence, comme présentant une contre-lettre antérieure à la célébration. C'est ainsi « que les contre-lettres faites
« entre le père et le fils au préjudice des conventions portées par le contrat de mariage qui sont déclarées nulles
« par arrêts remarquables par Brodeau (*loc. citat.*) (1) », dont parle Ferrière (2), sont des contre-lettres que tout semble indiquer comme ayant eu lieu avant le mariage.

Au contraire voyons la première conséquence : « 1° Que
« la convention faite hors le contrat de mariage pour rappeler la femme à la communauté est nulle, comme il a
« été jugé par arrêt prononcé à la Pentecôte de l'an 1589.
« Toutefois le mari pourrait rappeler sa femme à la communauté dont elle a été exclue par le contrat de mariage
« au cas qu'il se soit réservé la faculté de l'y rappeler
« quand il voudrait, comme il a été jugé par arrêt du
« 17 juillet 1634 cité par Brodeau sur Louet, lettre M, som. IV. » Voilà deux espèces que Ferrière nous indique comme des conséquences de l'article 258, et même comme les premières conséquences. Or, la confusion, ici, est manifeste, car si l'on se rapporte aux deux arrêts (3) qu'il vise, on voit que les modifications, opérées au contrat, l'ont été, après la célébration du mariage, et que ce n'est

(1) C'est sous LOUET, lettre C, som. XXVIII, qu'il faut chercher ces arrêts, et non sous la lettre M, som. IV, qui ne vise pas une seule de ces espèces.

(2) *Comm. sur Paris* (S. A.), t. II, p. 157-II.

(3) Dans LOUET, lettre M, som. IV.

pas de l'article 258 qu'ils ont été inspirés, mais de la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

D'autre part, sous le n° 5, Ferrière nous disant « que cet article s'applique aussi, quand les conjoints ont fait quelque chose au préjudice des clauses portées par leur contrat de mariage au profit d'un étranger », appuie son assertion sur un arrêt de la 1^{re} Chambre des enquêtes du 4 mai 1675 qui a jugé « que les conjoints donataires mutuels par contrat de mariage ne peuvent déroger à la donation mutuelle au profit d'un tiers ». Or cet arrêt annule une modification postérieure au mariage.

Le *Journal du Palais*, sur cet arrêt (1), nous dit en effet « qu'en par contrat de mariage du 27 juin 1658, Roch Besty et Nicolle Fiquet, bourgeois de Paris, se font donation mutuelle de tous leurs biens au profit du survivant, en cas qu'ils n'aient point d'enfants de leur mariage et qu'en 1670 la femme donne à sa cousine la moitié des biens qu'elle possédait. » C'est cette donation postérieure de 12 ans que l'arrêt du 4 mai 1675 a annulée, et cela, en conséquence, d'après Ferrière, de l'article 258 de la Coutume de Paris.

Ainsi, d'après Ferrière, il semblerait que l'article 258 de la Coutume de Paris visait l'immutabilité des conventions matrimoniales. C'est là, à notre avis, une erreur, et nous pensons que cet article s'applique uniquement aux modifications antérieures à la célébration du mariage, à celles que les auteurs modernes veulent soustraire à notre principe.

Nous reconnaissons que rien dans le texte même n'au-

1) Tome I, p. 654

torise pareille restriction. « Toutes contre-lettres », dit la Coutume, et pour nous fixer sur ces mots, les auteurs nous disent : « on appelle contre-lettre tout ce qui va contre la substance ou la teneur du contrat de mariage, qui en détruit les clauses, qui les altère, les diminue ou déroge à icelles (1) » ; rien dans cette définition ne restreint aux modifications antérieures au contraire ; ce sont bien là les caractères de la modification postérieure qui doit être nulle d'après la règle de l'immutabilité.

Mais l'interprétation restrictive nous semble commandée par deux considérations capitales, l'une historique, l'autre logique.

1° D'abord étudions la portée de cet article 258 par son origine même. On sait que la Coutume de Paris fut rédigée pour la première fois en l'an 1510, mais que cette rédaction primitive composée seulement de 190 articles, fut jugée insuffisante, ayant omis bien des points, pourtant certains dans l'usage ; d'où une seconde rédaction en 1580, dans laquelle on compléta la première et on tint compte des changements qui s'étaient produits dans la doctrine et dans la jurisprudence depuis 1510.

Or l'article 258 est une innovation de la nouvelle Coutume de 1580, et, sur son origine, nous avons le témoignage de plusieurs anciens auteurs. « C'est un article de nouvelle Coutume, composé d'un arrêt de la Cour du 2 juillet 1579 entre Jeanne d'Est, appelante, et Robert Dauphin, intimé (2). » Et Ferrière nous indique les arrêts du 2 juillet 1579, du 3 avril 1549, un autre de l'an 1567, d'autres

(1) DAVOST, sur LOYSEL, édit. Dupin ; BASNAGE *Comm. sur Normandie*, art. 388, p. 76 ; FERRIÈRE, *C. et Comp.* sur Paris, art. 258, n° 2.

2) TRONÇON, *Comm. sur Coutume de Paris*, art. 258, p. 536.

cités par Brodeau, et dit : « C'est sur ces arrêts que cet article a été ajouté à la réformation de la coutume (1). »

Il y a donc de fortes présomptions pour que la portée de cet article nous soit donnée par les arrêts, dont la répétition avait attiré l'attention des réformateurs de l'ancienne coutume, leur indiquant la nécessité d'un article nouveau, non pas pour trancher un point controversé, comme le ferait une loi moderne, mais pour fixer l'usage existant.

Si nous nous référons à ces arrêts, aux sources mêmes, dont quelques-unes nous sont indiquées par Ferrière lui-même, nous devons constater que l'interprétation restrictive, aux contre-lettres faites *medio tempore*, s'impose.

Pour le premier arrêt de 1579, indiqué par Ferrière, d'après Tronçon comme étant du 2 juillet, nous l'avons retrouvé dans Charondas (2) qui l'indique, et dans Robert, qui expose l'espèce au long (3), comme daté du 2 janvier 1579. Voici l'espèce. Un beau-père avait promis une dot et obtenu une contre-lettre de son gendre par laquelle celui-ci s'engageait à se contenter, le mariage accompli, de la moitié seulement, ce qui ne l'empêcha pas, aux termes du paiement, de réclamer le tout et de l'obtenir malgré sa contre-lettre. Mais, d'après Robert, c'est bien avant le mariage que cette contre-lettre avait eu lieu.

« Par arrêt du 3 avril 1549, il a été jugé que toutes contre-lettres faites au préjudice d'un contrat de mariage étaient nulles (4), ce qui a été depuis exprimé par plusieurs arrêts. » Or, si Louet ne spécifie pas l'époque de la confection de la contre-lettre, cassée par cet arrêt de 1549, on

(1) FERRIÈRE, *C. et Comp.*, sur Paris, art. 258, n° 2.

(2) *Réponses*, liv. VIII, rép. 33.

(3) *Arrêts et choses jugées*, liv. I, chap. II.

(4) LOUET, let. C, som. XXVIII.

peut l'induire de celle des contre-lettres qui furent annulées par les arrêts postérieurs qu'il cite, lui-même, comme ayant confirmé le premier. Nous voyons que, de ces arrêts confirmatifs, le premier, du 27 février 1595, annule une donation de 1.000 livres de rentes, faite par contre-lettre avant le mariage, que le second, du 10 février 1596, annule une donation de 20.000 livres faite deux jours avant le contrat de mariage.

Quant aux autres arrêts cités par Brodeau (1), ils semblent aussi viser des contre-lettres antérieures.

L'arrêt du 14 janvier 1576 annule une contre-lettre passée le lendemain du contrat de mariage, et les arrêts des 9 juin 1568 et 15 février 1574 sont cités très brièvement sans indiquer la nature des contre-lettres qu'ils annulent. Mais Charondas, en ses *Réponses* (2), nous rapporte un arrêt du 16 juin 1565 annulant la contre-lettre passée avant le contrat de mariage même, par laquelle un fils reconnaît que son père ne lui doit que 1.000 écus, malgré que le contrat de mariage ait porté 2.000 écus.

Enfin cette restriction de l'article 258 aux contre-lettres antérieures nous semble bien avoir été aussi comprise par Brodeau. Etudiant dans ses notes, sous le n° 5, quelles contre-lettres sont permises, et voyant le cas où il n'y a que les parents d'un seul époux qui aient assisté au contrat, il déclare valable la contre-lettre portant avantage au profit de ce même époux, sans la présence d'aucun parent. Mais, de quelle contre-lettre parle-t-il ? « De celle faite depuis le contrat et auparavant la consommation du mariage (3) » et cette spécialisation n'apparaît pas dans le

(1) Let. C, som. 28, n° XXVIII.

(2) *Réponses*, liv. VIII, rép. 32.

(3) Sur LOUET, let. C, som. XXVIII, n° 5, p. 259, col. 2.

texte comme une exception, mais comme l'expression d'une pensée qui inspire tout le commentaire.

Aussi pensons-nous que l'auteur du *Traité des contrats de mariage* concluait fort bien, en parlant de tels arrêts : « Par la même raison, les arrêts ont déclaré nulles les contre-lettres en contrat de mariage faites hors la présence des parents, ce qui s'entend de celles qui se font élandes-tinement avant le mariage, car lorsque le mariage est célébré, elles sont toujours nulles, quand bien même les parents consentiraient pour ne pas donner ouverture aux avantages indirects. »

II° D'autre part si la règle de l'immutabilité, dans l'ancien droit, avait dû être fixée par l'article 258, on aurait dû admettre une conséquence qui fut énergiquement repoussée. En effet, du texte même, il est bien permis de conclure *a contrario* que les contre-lettres faites en présence des parents sont valables, et si l'on pense que « contre-lettres », dans l'article 258, vise indistinctement toutes les modifications aux conventions matrimoniales, à quelque époque qu'elles aient été faites, il faut dire que, même après le mariage, la présence des parents permettra ces variations. Or, c'est là une théorie qui fut fortement combattue.

Ferrière (1) nous rapporte que « Tronçon et Ricard « estiment que, pendant le mariage, on peut réformer un « contrat de mariage, en présence des parents qui y ont « assisté ». Mais ce fut là une opinion singulière ; nous n'oserions même pas soutenir que telle ait bien été l'opinion de Tronçon. Ce dernier dit, en effet (2) : « Par argument à sens contraire les contre-lettres faites en présence « et du commun consentement des parents qui y ont

(1) *C. et Com.*, sur Paris, art. 258, n° 8, col. 869.

(2) Sur *Coutume de Paris*, art. 258, p. 537.

« assisté sont bonnes et valables. » Mais rien n'indique que Tronçon ait voulu parler des contre-lettres postérieures au mariage. Le même argument *a contrario* est présenté par Brodeau sur Louet (1) qui invoque un arrêt du 5 août 1595, rapporté ainsi par Robert : « Quand un « contrat de mariage a esté faict en présence des parens, « si par après, on faict d'autres donations ou conventions « soit contraires ou diverses et que tous les mêmes parens « qui ont assisté au contrat de mariage soient présens a « ces nouvelles et dernières conventions, cela n'est point « appelé contre-lettre, mais telles dernières conventions « autorisées par l'advis et par la présence de tous les « mesmes parens sont bonnes et valables (2). » Mais ce texte n'indique pas non plus qu'il s'agisse d'une contre-lettre postérieure au mariage.

En tous cas la possibilité de modifier durant le mariage les conventions matrimoniales, même avec l'assistance des parents, est formellement rejetée par la doctrine et la jurisprudence. « Les conjoints ne peuvent, durant le mariage, « déclare Auzanet (3), par aucun acte de quelque qualité « qu'il soit, même en la présence des parents qui ont « assisté au contrat de mariage, ny changer... (4) »

(1) Lettre C, som. XXVIII, n° 5.

(2) ROBERT, *Arrêts et choses jugées*, liv. I, ch. II, *in fine*.

(3) *Œuvres, Mémoires*, p. 127.

(4) DUPLESSIS, *Traité sur Coutume de Paris*, Douaire, tit. X, ch. VII, p. 260, soutient même opinion. « Cela s'entend des contre-lettres « qui se font auparavant le mariage, car pour celles qui se feraient « depuis, elles sont absolument nulles, quand elles seraient faites en « présence de tous les parents. » — FERRIÈRE lui même déclare aussi : « je n'estimerai pas que les contre-lettres faites après le mariage « contracté puissent être valables au préjudice des héritiers ou des « créances, quoique les plus proches parents y eussent assisté. » *Comm. sur Paris* (S. A.), t. 1, p. 159.

ROUSSILHE aussi, sept lignes après la phrase où il mêle contre-

Tel est l'avis de toute la doctrine (1). Pocquet de Livonnière, dans son *Commentaire sur la Coutume d'Anjou* (2), expose la théorie adverse et la réfute. « Il est bon d'observer qu'il est échappé à M. Guéret d'avancer dans ses notes sur Leprestre (centurie I^{re}, chap. 98), que l'on a peu d'égard aux actes postérieurs qui tendent à changer ou altérer, tant soit peu, les clauses portées par les contrats de mariage, à moins, ajoute-t-il, qu'ils ne soient faits en l'assemblée des mêmes personnes qui ont assisté et signé dans les contrats de mariage. Mais cette exception n'est pas véritable, et il est très certain, au contraire, qu'on ne peut déroger à un contrat de mariage par aucun acte postérieur, nonobstant que ce dernier acte ait été passé dans une assemblée des parents du mary et de la femme, aussi nombreuse et aussi solennelle qu'était celle en laquelle le contrat de mariage a été signé et arrêté. C'est l'espèce de l'arrêt de M. Le Coigneux du 19 mai 1589 rapporté par Louet, M. 4. »

Or cet arrêt contemporain de la réformation de la Coutume de Paris représente bien la jurisprudence de ce temps, d'autant mieux que la contre-lettre qu'il casse, postérieure au mariage, était de 1567, c'est-à-dire antérieure à la réformation.

lettres antérieures et postérieures, déclare cependant (*Traité de la Dot*, p. 55) : « Aussitôt que les conventions ont été confirmées par la célébration du mariage qui a suivi le contrat, il n'est plus permis aux parties d'y déroger en rien, même de leur mutuel consentement, et quand même les parents présents au contrat y consentaient. » Ces deux dernières citations montrent combien la confusion était grande, puisque, à tout prendre, Ferrière et Roussille semblent donner deux solutions contradictoires.

(1) *Traité des Contrats de mariage*, p. 31 ; VALIN, sur *La Rochelle*, t. II, p. 689, art. 48, § 1, n° 15.

(2) VII^e partie, art. 239, colonnes 644 et 645.

Nous voyons que les époux firent « assemblée de parens de part et d'autre, aussi solennelle qu'elle avait été au contrat de mariage et ayant remontré que la femme y avait apporté de son industrie, qu'il lui était échu quelques biens de succession, par l'avis desdits parens, ils se départent de cette rigoureuse convention ». Cependant, malgré l'assemblée des parents, le contrat de 1567 fut cassé, « l'arrêt, fondé sur l'utilité publique, l'honnêteté d'entre mari et femme, et le repos des mariages, qui n'admet point que l'on puisse réformer un contrat de mariage après la consommation ». Mais nulle allusion à l'article 258, ce qui prouve bien qu'au xvi^e siècle, la confusion que feront Ferrière et d'autres plus tard, n'existait pas.

Ainsi il semble bien, d'après ses antécédents et le rejet constant d'une conséquence de l'extension qu'on en voulait faire, que l'article 258 n'ait pas eu d'autre but que de régler les contre-lettres antérieures au mariage même (1). Que plus tard la doctrine, et principalement Ferrière, ait mélangé les deux espèces de contre-lettres, c'est une erreur critiquable, mais c'est un fait, dont il nous faudra tenir compte.

Pour ces derniers auteurs il semble que la règle de l'immutabilité ait été entendue, par eux, dans un sens fort large comme s'opposant à toutes modifications aux conventions

(1) Il est bien entendu que cette portée restreinte, que nous donnons à l'article 258 de la Coutume de Paris, nous pensons l'étendre aux dispositions similaires des autres Coutumes d'Orléans (art. 223), de Calais (art. 59) et de Normandie (art. 188). D'ailleurs la disposition de cet article était le droit commun de la France. « L'article 258 de la Coutume de Paris dont la décision est une maxime universellement reçue... » déclare VALIN dans son *Commentaire sur la Coutume de la Rochelle*. — FERRIÈRE (*C. et Comp.* sur Paris, art. 258, n° 1) est dans le même sens.

de mariage. Par l'assimilation que l'on fit des contre-lettres antérieures ou postérieures au contrat de mariage, puis par la confusion entre ces deux sortes de modifications et celles qui suivaient la célébration du mariage, on arrivait ainsi à défendre tout changement aux conventions projetées ou déjà conclues ou même confirmées par la célébration du mariage.

La possibilité des modifications antérieures à la célébration, sous les conditions exigées, leur semblait une exception au principe de l'immutabilité (1). Et Ferrière semble bien comprendre ainsi les choses. Après avoir dit, comme nous le rapportons plus haut, qu'à son avis la présence des parents était inopérante, il ajoute (2) : « La raison est, « que les contrats de mariage sont des loix pour la famille, « ainsi il ne peut point y être dérogé ; mais parce qu'avant « la célébration des mariages, si les contrats n'en pouvoient « pas être réformés ou augmentés du consentement des pa- « rens, ce seroit quelquefois des moyens pour empêcher les « parties de les célébrer, c'est pourquoi il semble juste d'y « pouvoir ajouter ou retrancher ; mais après la célébration « cette cause cessant, on peut dire que les contre-lettres « ou clauses contraires à ce qui est porté par le contrat de « mariage, sont nulles, quoique faites du consentement « des parens, au moins au préjudice d'autres personnes « que de ceux qui y auroient consenti. »

Quoique nous pensions que la règle de l'immutabilité ne s'applique strictement qu'aux modifications postérieures à la célébration du mariage, étudiant cette règle dans le passé, nous serons obligés parfois d'étudier, dans les appli-

(1) C'est ce que, d'après la disposition de son étude, M. PLANIOL semble adopter (t. III, n° 823).

(2) FERRIÈRE, *Commentaire sur Paris* (S. A.), t. I, p. 459.

cations du principe, des modifications antérieures. D'ailleurs il faut bien nous souvenir que si ces deux sortes de contre-lettres diffèrent entre elles par quelques motifs secondaires de leur prohibition, ce sont au fond les mêmes, qui sont toujours nulles après la célébration, et qui, avant, le sont, si elles sont dépouillées de formalités requises dans l'intérêt des parents.

C. — Contre-lettres faites entre le contrat et la célébration.

Ainsi que nous l'avons dit, de telles contre-lettres sont exclues aujourd'hui de la théorie de l'immutabilité. Mais l'article 258 de la Coutume de Paris a été trop mêlé à notre règle pour que nous n'en parlions pas.

Auzanet commentant cet article, expose les conditions, sous lesquelles sont permises les contre-lettres aux conventions matrimoniales : « 1° Que les plus proches parents des « deux époux signent la convention ; 2° qu'il y en ait mi-
« nute et qu'elle soit insérée au pied de la minute du con-
« trat de mariage avec défense au notaire, à peine de faux,
« de délivrer l'un des deux actes séparément. ... ; 3° que
« la convention ou contre-lettre soit faite avant la béné-
« diction nuptiale, car depuis la célébration du mariage
« on ne peut toucher aux conventions arrêtées aupara-
« vant (1). »

Telle était la tendance de la doctrine de la fin du xvii^e siècle. Mais on peut remarquer que l'article 258 n'exigeait que la présence des parents qui avaient assisté au contrat de mariage. L'insertion de la contre-lettre sur la minute, était un desideratum de la doctrine, que, d'ailleurs, l'article 1397 du Code civil devait satisfaire.

(1) Sur *Coutume de Paris*, p. 197.

La présence des parents était nécessaire, dès avant la rédaction de la Coutume de 1580. Brodeau (1) nous cite des arrêts des 14 janvier et 15 février 1574 qui ont statué en ce sens.

De quels parents l'article 258 voulait-il parler ? Sur ce point les auteurs distinguaient. « Ce ne doit pas être entendu de tous les parents qui sont priés de signer par honneur, mais de ceux qui ont autorisé et assisté les futurs époux, en qualité de plus proches (2). » Et Laurière indique ces parents : « ceux qui y signent par nécessité comme sont les pères, les mères, les aïeuls et aïeules sans le consentement desquels les enfants ne peuvent se marier, ou des collatéraux, qui ont intérêt aux clauses des contrats de mariage, à cause des libéralités qu'ils ont faites aux conjoints (3). »

Au XVIII^e siècle, Pothier maintient la même doctrine en disant que « si ce parent (qui a assisté au contrat de mariage), en l'absence de qui la contre-lettre a été passée, n'était qu'un parent éloigné et qu'elle ait été passée, en présence des plus proches parents et de ceux qui avaient le plus d'autorité dans la famille, elle doit être jugée valable (4) ». Mais Pothier semble être plus rigoureux que Laurière, car il ajoute « qu'il ne faut pas suivre l'opinion « de cet auteur qui restreint aux parents de la ligne directe « ascendante et au tuteur, les parents dont la présence est « requise par cet article (5) ; il comprend pareillement les

(1) Sur LOUET, let. C, som. 28.

(2) AUZANET, sur *Cout. de Paris*, p. 197.

(3) Notes de LOYSEL, *Institut.*, liv. I, tit. II, n° 4, édit. Dupin, p. 146.

(4) *Introd. à la communauté*, n° 16.

(5) Était-ce bien là l'opinion de Laurière ? Nous en doutons. Le texte cité de lui ci-dessus parle aussi des collatéraux, et le texte qu'a

« collatéraux qui ont assisté au contrat de mariage. Il est
« vrai que les conjoints n'étaient pas obligés de les y appe-
« ler, mais, lorsqu'ils les y ont appelés, ils ne peuvent
« se dispenser de les appeler pareillement aux contre-
« lettres. »

Et la jurisprudence du ^{xvii}e siècle paraît aussi rigou-
reuse. Un arrêt du 21 mai 1759 annule une contre-lettre
ainsi passée : « Le père de la femme ne voulant lui donner
que 6.000 livres en dot, lui donne néanmoins un do-
maine de 10.000 livres, mais il avait pris la précaution,
la veille du contrat, de faire un acte sous seing privé,
double, signé des époux, de leurs pères et de leurs mères,
par lequel il était dit, que la dot ne serait que de 6.000 li-
vres et que le domaine en question ne paraîtrait donné
en totalité que par ménagement pour un vieil oncle du
futur, qui voulait absolument que son neveu épousât une
femme qui lui apportât 10.000 livres de dot. Trois ans
après le mari, demanda la nullité de la contre-lettre ; il
était évident qu'il s'agissait de mauvaise foi, cependant la
contre-lettre fut annulée ; l'unique motif fut que tous les
parents n'avaient pas assisté à la rédaction de la contre-
lettre » (1).

On discutait aussi si « des époux majeurs, jouissant de
« leurs droits, riches et sans avoir eu aucuns dons de pa-
« rens, ni d'amis (2) » pouvaient modifier leur contrat par

dû viser Pothier n'est pas restrictif : le voici : « Cette règle, qui n'a eu
pour objet que d'empêcher les fraudes qui pourraient être faites aux
enfants de famille que des pères, mères, des aïeux et des tuteurs
marient, doit être interprétée selon les circonstances. » Notes sous
LOYSEL, *loc. cit.*

(1) MERLIN, *Répert. de jurisprudence*, V^o Contre-lettre, n^o 7, t. III, p. 720.

(2) LAURIÈRE, *loc. cit.*

des contre-lettres, hors la présence de ceux qu'ils avaient fait signer « sans nulle nécessité et par pure bienséance et politesse ». Ici il ne pouvait plus être question de parents dont le consentement était nécessaire à la validité du mariage.

Cependant il était admis que si les père et mère assistaient au contrat de mariage, « les époux ne pourraient « faire ce changement, avec effet, que du consentement de « leurs père et mère, et cela, quand ils auraient l'âge requis « pour contracter mariage, malgré eux. La raison en est « qu'une telle conduite serait trop injurieuse à l'autorité « que les lois, divine et humaine, donnent aux père et « mère sur leurs enfants (1). » Quant aux collatéraux, s'ils avaient signé, la nécessité de leur présence était discutée. Laurière ne l'exigeait pas. « Ces majeurs riches, qui se « marient de leurs biens sont les maîtres d'annuler le premier contrat qu'ils ont fait et d'en passer un second sans « appeler ces collatéraux et ces amis (2). » Nous avons vu que Pothier exigeait leur présence sans paraître distinguer si les époux étaient majeurs ou mineurs.

Enfin l'exigence de l'article 258 était encore restreinte aux parents de l'époux qui, par la contre-lettre, avantageait l'autre, directement ou indirectement. Cela est affirmé par Louet (3) qui explique ainsi la portée de la règle : « L'un des contractants ne peut faire aucune contre-lettre portant avantage au profit de l'autre, en l'absence des parents de lui, donateur, qui auraient assisté au contrat. Si aucun n'a assisté au contrat de mariage,

(1) VALIN, sur *Coutume de La Rochelle*, art. 48, § 1, n° 23, t. II, p. 694.

(2) Note sous LOYSEL, liv. I, tit. II, n° 4, édit. DUPIN, p. 146.

(3) Lettre C, som. XXVIII.

« la contre-lettre est bonne, et n'importe qu'elle soit faite
« en l'absence des parents de celui qui en reçoit avan-
« tage. »

Et Brodeau cite un arrêt du 17 mars 1607, qui a validé la donation ainsi faite par Louise de Laval au sieur de Montmorency, son fiancé (1). Valin décide aussi que si la dérogation au contrat de mariage ne blesse les droits que de l'un des époux, il suffit que le consentement de ses parents intervienne (2); la plupart des auteurs, Duplessis (3), Basnage (4), Ferrière (5), Lapeyrérère (6), Bouchéul (7) sont en ce sens.

La présence des parents, selon les distinctions exposées ci-dessus, ayant été assurée aux contre-lettres, elles étaient valables, ainsi que l'a proclamé un arrêt du 5 août 1595 (8). Au contraire, leur absence entraînait la nullité radicale « même à l'égard des enfants qui ont baillé les « contre-lettres (9) ».

Les arrêts sont en ce sens. Un arrêt du 14 juillet 1583 déclare nulles, sur la demande de la duchesse de Montpensier elle-même, les contre-lettres passées et signées entre elle et son mari après leur contrat mariage en l'absence des parents.

Un autre du 6 mai 1589 (10) casse une donation faite

(1) Sous LOUET, C, XXVIII.

(2) Sur art. 48 de la *Coutume de La Rochelle*, § I, n° 22, t. II, p. 694.

(3) *Douaire*, chap. VIII.

(4) Sur art. 388 de la *Coutume de Normandie*, t. II, p. 76.

(5) *Corps et Comp.* sur Paris, art. 258, n° 25.

(6) Let. C, n° 113.

(7) Art. 255, n°s 12 et suiv.

(8) ROBERT, *Arrêts et choses jugées*, liv. I, chap. II, p. 18.

(9) AUZANET, sur *Cout. de Paris*, art. 258, p. 198.

(10) LOUET, let. C, som. XXVIII.

après le contrat de mariage, et avant la consommation d'iceluy, entre les fiancés sans qu'aucuns parents y fussent appelés, et parmi les conclusions « on disait qu'après « le contrat de mariage fait en assemblée de parens, on ne « pouvait s'en départir, autrement par un fol amour qui « est entre les fiancez, ils se ruineraient l'un l'autre ».

Le 21 mars 1596, même décision, fondée sur les mêmes motifs, contre une donation de 10.000 écus faite par devant les mêmes notaires qui avaient passé le contrat, et le même jour, en l'absence des parents communs. Basnage nous rapporte des décisions dans le même sens du Parlement de Rouen, des 16 janvier 1626 et 9 septembre 1627 (1).

Il nous reste à remarquer que, pour la validité des contre-lettres passées entre le contrat de mariage et la célébration, bien que l'article 258 ne parle que du concours des parents, celui des époux est, bien entendu, exigé.

Cela n'a pas fait de difficultés pour les espèces ci-dessus qui étaient des contre-lettres passées entre époux, mais la jurisprudence fut amenée à rappeler cette exigence pour des contre-lettres passées entre un des époux et les parents de l'autre. On en trouve une espèce intéressante dans la *Gazette des Tribunaux* de 1786 (2) où la contre-lettre elle-même est rapportée. Elle était passée entre le mari et le père de la femme et reconnaissait que la dot promise ostensiblement à la femme, par son père, dans le contrat de mariage, était supérieure au chiffre réel. Un arrêt du 29 mars 1786 déclara nulle cette contre-lettre et permit au mari d'exiger la dot ostensible, car « la contre-lettre n'était pas signée de la femme de Bouland et en tout ce qui

(1) BASNAGE, sur article 388 de Normandie, *Œuvres*, t. II, p. 77.

(2) Tome XXI, p. 450

« concerne la constitution dotale de la femme, elle est la « principale intéressée ».

Enfin notons que le concours des parents n'était exigé que pour les contre-lettres vraiment distinctes du contrat de mariage. Une sentence de janvier 1701 (1) reconnaît valable une apostille, mise dans la minute du contrat de mariage, à côté du texte, et qui détruit une des clauses principales du contrat, lorsque cette apostille n'est point signée ni paraphée des parents des conjoints qui ont assisté au contrat, mais qu'elle se trouve paraphée des deux notaires, « car les apostilles font partie du contrat, sont censées faites dans le même temps et, dans le doute sur l'époque de la rédaction, il faut ajouter foi à l'acte qui est passé devant notaire. »

§ 2. — Portée du principe quant à la nature des contre-lettres.

Toutes contre-lettres n'étaient pas indistinctement atteintes par la règle de l'immutabilité. « Il n'y a que les « contre-lettres qui vont contre la substance du contrat de « mariage et qui en détruisent les clauses qui soient défen- « dues, on permet celles qui ajoutent au contrat, l'exécu- « tent ou l'expliquent » nous dit Brillon (2).

Distinguons donc.

Sont prohibées celles qui dérogent gravement aux conventions matrimoniales. « C'est ce qui va contre la substance ou contre la teneur du contrat de mariage qui en détruit les clauses, qui les altère, les diminue ou y dé-

(1) *Journal des audiences*, t. V, liv. I, chap. XXIV, p. 407.

(2) *Dictionnaire des arrêts*, V^o *Contre-lettre*, t. II, p. 413.

roge » (1). Ces mêmes caractères sont universellement admis. Brodeau (2) et Davot (3) stigmatisent par des termes équivalents les contre-lettres qui sont annulées en vertu de notre règle.

La jurisprudence ne trouva pas ce caractère dérogatoire assez fort dans une espèce particulière rapportée au *Journal des Audiences* (4).

Philippe Collo, « opérateur pour le fait de la pierre », en mariant son fils François, issu d'un premier lit, s'était engagé à l'instruire de son art, à l'exclusion de ses frères germains. En même temps, François signait la promesse secrète, de donner à la seconde femme de son père, le dixième denier des profits qu'il réaliserait. Poursuivi en exécution de cette promesse, il argua de son caractère occulte et sa femme intervint, disant que c'était une contre-lettre à son contrat de mariage, « car elle s'était mariée « sur la foi du contrat de mariage qui obligea le père « d'instruire François Collo à l'exclusion de ses autres enfants ».

Mais comme la promesse, passée par le fils, n'était pas directement contre le contrat, qu'elle n'engageait seulement que son gain, sur lequel il avait tout pouvoir en vertu des règles de la communauté, l'arrêt du 29 décembre 1667 en ordonna l'exécution.

Sont, au contraire, permises celles qui expliquent, exécutent le contrat primitif ou y ajoutent (5).

(1) BASNAGE sur *Cout. de Normandie*, art. 388, t. II, p. 76.

(2) Sur LOUET, lettre C, som. XXVIII, n° 5.

(3) Note sous *Institut*, de LOYSEL, édit. Dupin, p. 146.

(4) T. II, liv. VI, ch. XLV, p. 614.

(5) FERRIÈRE, *C. et Comp.*, sur art. 258, n° 27 ; LEPRESTRE, cent. I ch. XCVIII.

La validité des contre-lettres explicatives est certaine en doctrine et en jurisprudence.

En doctrine d'abord : « Bien est vrai que, si la contre-lettre n'était qu'une simple déclaration de quelque clause obscure, portée par le contrat de mariage, de la vraie intention des parties contractantes on y aurait égard (1). » Puis Prévot de la Janès : « Les actes qui ne sont qu'exécutifs ou explicatifs des clauses du contrat ne peuvent être regardés comme des contre-lettres (2). » Enfin Pothier répètera la même idée (3), ainsi que Merlin.

Quant à la jurisprudence, dès le 16 mars 1618, elle valide les contre-lettres qui ne font qu'ajouter, exécuter ou expliquer ce qui est douteux et obscur. Brodeau, après avoir rappelé cet arrêt, rapporte une espèce analogue : « Je dirais la même chose en l'espèce d'un contrat de mariage, portant que les père et mère ont donné ou proposent de donner à leur fille la somme de 60.000 livres, et d'une convention séparée que, de ces 60.000 livres, il y en avait 20.000 procédant de la libéralité d'un oncle de la fille présent à l'acte qui, pour certaines considérations, n'a pas voulu être nommé dans le contrat de mariage, au préjudice de quoi, les autres enfants ne seraient pas recevables de vouloir contraindre leur sœur de rapporter à la succession des pères et mères la somme entière de 6.000 livres (4). »

(1) BACQUET, *Droits de justice*, ch. XXI, n° 363, p. 270.

(2) *Principes de jurisprudence*, II^e partie, tit. III, n° 324, t. II, p. 27.

(3) *Introd. à communauté*, n° 13. « A l'égard des actes qui ne seraient qu'explicatifs de quelqu'une des conventions portées au contrat de mariage et qui ne contiendraient rien de nouveau, ils ne peuvent passer pour contre-lettres, et rien n'empêche qu'ils ne soient valables. »

(4) BRODEAU sur LOUET, let. C, som. XXVIII, n° 5.

Mais les époux auraient pu, sous couleur de contre-lettre explicative, modifier, en réalité, les conventions matrimoniales.

Aussi les tribunaux conservaient-ils le droit de vérifier si l'interprétation de la clause obscure était exactement faite par la contre lettre ; sinon, ils annulaient cette dernière. Un arrêt du 5 avril 1605 en est une application (1). Le contrat de mariage portait que le survivant des époux jouirait en pleine propriété de tous les meubles acquêts et conquêts qu'ils avaient alors. Six ans après, en 1583, les époux passèrent un contrat dans lequel « ils déclaraient « que ce n'avait point été leur intention dans cette clause « apposée en leur contrat de mariage, de se donner l'un à « l'autre la propriété de leurs biens, mais seulement l'usu- « fruit qu'ils se donnaient mutuellement par cet acte (2) ». En conséquence, la femme mariant une sienne servante, lui donne la propriété de ses biens, pour en jouir après sa mort, à charge de l'usufruit à son mari en cas de survie. L'arrêt de 1605 cassa la contre-lettre et la donation postérieure, car ici l'interprétation était fausse.

En second lieu, on validait les contre-lettres qui ne visaient que l'exécution du mariage. Les mêmes auteurs déjà cités, valident par les mêmes phrases de telles contre-lettres. Nous en avons trouvé en jurisprudence une application intéressante dans l'espèce suivante. « Le lundi « 3 décembre 1646, au rôle de Vermandois, jugé qu'un « écrit passé entre une mère et son fils, pour terminer « entre eux, quelque différend par lequel la mère avait

(1) Voir cet arrêt dans CHENU, *Questions de droit*, centurie II, question 60, p. 263.

(2) FERRIÈRE, *C. et Comp.* sur art. 258 de Paris, n° 15, col. 874 ; LEPRESTRE, centurie I, ch. XCIX, p. 340.

« esté déchargée vers son fils du mesurage, par elle promis, « des héritages qui lui avoient esté donnez par son contract « de mariage, estoit bon et valable (1). »

Enfin il était admis que les contre-lettres qui « étaient « outre le contrat, y ajoutaient quelque chose (2) » étaient valables. Bouchel nous rapporte : « Une mère mariant sa « fille promet par le contrat de mariage, passé en la pré- « sence des parents, de luy donner, en dot et pour son bien « paternel, la somme de 1.000 écus, et depuis elle fait une « promesse particulière à son gendre futur de lui donner « 200 écus (3). » La mère, poursuivie pour le paiement de cette somme, se pourvut par lettre pour faire annuler l'obligation, arguant de son caractère de contre-lettre. Le gendre répliquait que cette promesse était « outre » et non « contre le contrat de mariage ». L'arrêt du 7 septembre 1621 admit cette dernière conclusion (4). Ferrière, qui rapporte l'espèce, ajoute : « On ne peut pas dire que cette obligation fut une contre-lettre prohibée par la Coutume ..., l'obligation, que la mère avait faite, ne donnait aucune atteinte au contrat de mariage de sa fille, elle aurait pu la faire même en l'absence de tous les parents qui y avaient assisté, aussi la contestation faite par elle était sans fondement. »

SECTION II. — Epoque des conventions matrimoniales.

Si l'on établit la règle que les conventions matrimoniales ne peuvent plus être changées, après la célébration

(1) JOVET, *Bibliothèque des arrêts*, V^o *Contre-lettre*, n^o 10, p. 165.

(2) BRODEAU, sur LOUET, let. C, som. XXVIII, n^o 5.

(3) BOUCHEL, *Thrésor*, V^o *Contre-lettre*, p. 682.

(4) AUZANET, *Arrêts* ; BOUCHEL, *loc. cit.*

du mariage, si l'on admet d'autre part, que le défaut de contrat de mariage avant le mariage correspond de la part des époux à une convention tacite, portant acceptation du régime légal, il faut logiquement conclure que les conventions ne pouvaient pas suivre la célébration du mariage. Nous avons vu que Lamoignon adoptait cette conséquence, « et s'il n'y a aucun contrat par écrit lors des épousailles, celui que les conjoints font depuis est nul (1) ».

Mais il nous faut voir, brièvement, les quelques divergences qui existaient sur ce point.

L'immutabilité du contrat tacite était proclamée dès la fin du ^{xvii}e siècle.

Nul ne semble l'avoir plus clairement exprimé en si peu de mots que Duplessis dans l'une de ses consultations :
« Au défaut de contrat de mariage il se forme au moment
« de la bénédiction, un contrat légal auquel les parties
« sont censées s'être soumises, ayant remis au pouvoir
« de la loi, de régler les conventions qu'ils auraient pu
« fixer eux-mêmes par des stipulations expresses. Leur
« silence est un acquiescement à la disposition de la loi,
« il devient une acceptation de toutes les dispositions de
« la loi, en la laissant agir librement et sans y opposer
« aucune convention qui y soit contraire, aussi faut-il
« avouer que le contrat légal supplée parfaitement au
« contrat ordinaire. Il règle la communauté, il règle le
« douaire, il règle les remplois et les indemnités, c'est à
« ces quatre points que se borne le contrat légal. Or, dès
« qu'il y a un contrat subsistant, soit qu'il soit formé par
« le contrat exprès des parties, soit qu'il soit formé par
« leur consentement tacite, et par la disposition de la loi,

(1) *Arrêtés*, tit. XXXII, art. V, *in fine*. V. AUZANET, sur *Coutume de Paris*, p. 336.

« comment peut-on admettre un second contrat de mariage postérieur à la célébration, pour déroger à ce contrat légal formé dans l'instant de la célébration ? Si les contre-lettres sont défendues, si la loi les rejette, les rejette-t-elle moins pour le contrat légal que pour le contrat de stipulation ? La raison pour les exclure, dans l'un et l'autre cas, ne milite-t-elle pas également ? Ce second contrat de mariage ne peut être regardé que comme une contre-lettre du premier, c'est-à-dire du contrat légal, il ne peut donc avoir ni le nom ni la faveur d'un contrat de mariage (1). »

La même idée était exprimée par Bacquet. « Le mary ne peut rappeler à la communauté sa femme...., contre la convention tacite introduite par la Coutume ou par l'usage du pays, auquel l'homme et la femme étaient demeurans lors du mariage (2) » et sera rappelée par Denisart (3).

La conséquence de cette conception du contrat tacite tendit à faire adopter, en doctrine et en jurisprudence, la prohibition de faire le contrat de mariage après le mariage. C'est par des considérations tout imprégnées des raisons de l'immutabilité que Duplessis prohibe ces contrats postérieurs. « Parmi nous, le mariage ayant été élevé à la dignité de sacrement, l'engagement en étant indissoluble et prenant toute sa force de la seule célébration, il semblerait qu'il n'y aurait ni raison ni prudence de remettre à faire un contrat de mariage après la célébration ; c'est-à-dire dans un temps où il n'y a plus de retour au repentir et où il dépend de celui qui a intérêt à ce qu'il n'y ait point

(1) DUPLESSIS, *Œuvres*, t. II, p. 287.

(2) *Droits de justice*, ch. XXI, n° 73, p. 460.

(3) V. édit. 1783, t. IV, p. 707, V° *Communauté de biens*, § 4, n° 5.

de contrat de mariage, de persévérer dans la même volonté, en refusant de souscrire au contrat qu'on voudroit lui présenter (1). »

Les Coutumes, dans leur rédaction, avaient, en bien des points, admis des conséquences logiques de cette règle. Celle d'Orléans ne permet toutes conventions « qu'avant la foy baillée » (2). La Coutume de Berry ne les permet qu' « avant le mariage (3) », la Coutume de Blois ne permet les donations entre époux qu' « auparavant leur mariage consommé (4) ».

Cependant il y avait des pays où les contrats de mariage postérieurs à la célébration étaient admis. En Touraine, Perche, et Maine, le contrat n'était rédigé qu'au retour de l'église (5). Cet usage était aussi suivi dans quelques cantons du Parlement de Pau (6). En ce sens la Coutume d'Auvergne était formelle. « Et ont lieu tels pactes et convenances et autres dispositions apposées en contrat de mariage et faveur d'iceluy avant ou après les fiançailles et se peuvent rédiger par escrit aussi après le mariage, mais qu'il apparaisse suffisamment, le traité avoir esté fait auparavant (7). »

Mais la fin de ce texte fait bien comprendre la portée de cette habitude de rédaction postérieure et fait voir que, dans l'esprit des Coutumes qui l'adoptaient, ce n'était pas un moyen de contrevenir à l'immutabilité des conventions matrimoniales. Si le contrat était fait après, il fallait que

(1) DUPLESSIS, consultation 44, *Œuvres*, t. II, p. 283.

(2) *Coutume de 1509*, art. 175.

(3) *Coutume de 1539*, tit. VIII, art. 2.

(4) *Coutume de 1523*, ch. XII, art. 160 et 161.

(5) DUPLESSIS, *Œuvres*, t. II, p. 285.

(6) DENISART, *Vº Contrat de mariage*, édit. 1786, t. V, p. 479.

(7) *Coutume de 1510*, ch. XIV, art. 27.

le « traité », c'est-à-dire les conventions, ait été fait avant la célébration. « *Le contrat de mariage postérieur n'est pas une convention présentement faite, mais la preuve d'une convention verbale antérieure* (1). »

D'ailleurs, en ces pays, ces conventions n'étaient pas toujours verbales et on usait d'articles de mariage, « simples actes passés devant notaire ou sous seings privés où ces conventions étaient transcrites ». Ainsi en Touraine, dans un procès, « les intimés produisaient plus de 40 contrats de mariage passés en la ville de Tours, les uns, le jour de la célébration du mariage, et après iceluy, et les autres, un ou plusieurs jours après le mariage célébré, énonçant des articles, lesquels sont pour l'ordinaire sous seing privé » (2).

Dans les pays où ces articles de mariage étaient admis, comme les conventions de mariage étaient arrêtées par eux, le contrat se faisait après la cérémonie. « Il est fait le jour même en présence des parents qui ont assisté et aux conventions verbales et à la célébration », et de tels contrats étaient validés par les arrêts. C'est ainsi qu'un arrêt du 17 may 1677 de la première Chambre des enquêtes du Parlement de Paris, confirmant une sentence du bailli de Touraine du 27 mai 1673, reconnaît valide un contrat de mariage passé entre de Lanan et Pinard, le soir même de la célébration de leur mariage, sur les articles sous seings privés qui étaient énoncés audit contrat de mariage et datés de trois jours avant le mariage (3). A l'appui de la validité de ce contrat, « les intimes produisaient un certi-

(1) DENISART, édit. 1786, t. V, p. 480, § 2, n° 5.

(2) *Journal des audiences*, t. III, liv. IV, chap. XVI.

(3) *Journal des audiences*, loc. cit.

ficat de plusieurs notaires, lesquels assuraient que tel étoit l'usage et la plus commune usance de la ville de Tours de faire les contrats de mariage le soir de la bénédiction nuptiale ».

Un autre arrêt alla même plus loin. Le 10 décembre 1701, la cinquième chambre de Paris reconnaît valable, dans la Coutume de Tours, qui admet la communauté dès la célébration du mariage, une stipulation de propres et de reprises faite deux jours auparavant, par de simples articles, signés de tous les parents, et par un contrat de mariage postérieur de trois mois à la célébration (1).

Mais ces décisions étaient fort critiquées par la doctrine. Bien que de tels contrats ne violent pas l'immutabilité, dans de pareilles espèces, leur usage pouvait amener des fraudes. Valin (2) et Augeard (3) s'en plaignent. « Cela est « dangereux, et il s'est trouvé des circonstances particu-
« lières où après la solennité de l'Eglise, ceux qui avaient
« plus d'autorité ont fait encore tout ce qu'ils ont voulu. » Aussi Jamet de la Guessière après avoir rapporté longuement l'arrêt de 1677 (4), ajoute : « Néanmoins pour l'avenir
« il n'aurait peut-être pas été inutile, pour ôter tous in-
« convénients et tous obstacles de fraude, de faire un
« règlement, afin que l'on ne pût pas faire de nouvelles
« clauses, après un mariage célébré, sous prétexte d'ar-
« ticles sous seing privé, précédans le mariage. » Valin, qui cite l'arrêt du 10 décembre 1701 (5), et Lebrun qui le date par erreur du 7 décembre (6), déclarent que « le plus

(1) AUGEARD, t. III, ch. LV, p. 284 et suiv. ; *Supplément au Journal des audiences*, t. VII, 2^e partie, p. 209.

(2) Sur *La Rochelle*, art. 48, § 1, n^o 24, t. II, p. 691.

(3) Sur *Coutume de Paris*, art. 258, p. 197.

(4) Voir *Journal des audiences*, t. III, liv. IV, ch. XVI.

(5) Sur l'article 48 de la *Coutume de La Rochelle*, § 1, n^o 14, p. 689.

(6) *Communauté*, liv. I, ch. III, n^o 33.

« sûr est de s'en tenir à la règle qui ne reconnaît pour
« vrai contrat de mariage que celui qui précède les épou-
« sailles. »

Cependant quelques auteurs, partant d'une considéra-
tion mal comprise, admettaient confusément la possibilité
des contrats postérieurs.

Il est certain que si, après un mariage célébré sans
contrat, les parties avaient fait un contrat de mariage qui
adoptât toutes les clauses de droit commun, pareil contrat
était parfaitement inutile, mais on ne voit pas la raison de
l'annuler puisqu'il ne dérogeait en aucun point au contrat
tacite, adopté par les époux.

La validité d'un contrat postérieur, en ce cas, étant cer-
taine, quelques auteurs en avaient déduit la possibilité de
contrats postérieurs, dérogeant au droit commun, pourvu
que les parents aient assisté au contrat. C'est ce qu'admet-
tait formellement Ferrière : « Lorsque les conjoints sont
« mariés sans faire de contrat, comme il arrive quelques
« fois, ils en peuvent faire un, et si ils le font selon les
« règles et l'usage ordinaire, il n'est pas besoin qu'ils
« soient assistés de leurs parents, mais au cas de clauses
« extraordinaires et que l'un d'eux fût plus avantagé qu'il
« ne le serait si on observait l'usage, il faut le consente-
« ment des parents (1). » Il confondait encore ici les rè-
gles relatives aux contre-lettres d'après l'article 258 et les
règles dérivant de l'immutabilité, la solution qu'il propose
aurait permis les modifications postérieures au mariage
avec le consentement des parents, ce qu'il rejette par
ailleurs, ainsi que nous l'avons vu.

D'ailleurs, même pour ces contrats postérieurs, Ferrière

(1) FERRIÈRE, *Commentaires sur Paris* (S.A.), sur article 220, t. II,
p. 47, *in fine*.

exigeait des conditions restrictives : « Il y a des cas où
 « quels la nécessité oblige de célébrer le mariage promptement, crainte des oppositions frivoles et téméraires
 « formées par des parents qui veulent empêcher que ceux
 « dont ils espèrent l'hérédité se marient, en ce cas il semble qu'on peut s'écarter de la rigueur de cette règle,
 « pourvu que le contrat soit fait incessamment après, lorsqu'il y a des conventions extraordinaires, mais il faut
 « prendre garde qu'elles ne soient pas trop fortes contre
 « la disposition de la Coutume, et que le contrat soit passé
 « en présence des propres parents des conjoints (1). »

Mais au xvii^e siècle, la doctrine repoussait généralement cette opinion.

Duplessis, après avoir proclamé la nullité de tels contrats dans le texte rappelé plus haut, déclare nettement : « Les
 « pactions qui y sont contenues, ou sont conformes à la loi et en ce cas inutiles, ou elles sont contraires à la loi
 « et en ce cas elles sont nulles, puisqu'on ne peut déroger
 « à la loi depuis la célébration (2). »

Lebrun examine longuement la question (3) de la validité d'une exclusion de communauté postérieure au mariage et conclut à la nullité absolue sans distinguer si le contrat a été fait peu de temps après, ou non. « Si le contrat a été arrêté le matin et que le prêtre, pressant la
 « messe et la bénédiction nuptiale, on en remette la signature à l'après-dîner et après la célébration, pour savoir si, en ce cas, les conventions qui ne sont pas de
 « coutumes doivent être entretenues, il faut voir la date
 « du contrat, car s'il est datté d'après midy, il tombe dans

(1) *C. et Comp.*, sur Paris, art. 220, glose I, n° 42.

(2) DUPLESSIS, *Œuvres*, t. II, p. 287.

(3) Voir *Communauté*, liv. I, chap. III, nos 24 à 33.

« la rigueur des règles d'autant que le plus et le moins ne
« changent rien et que c'est toujours un contrat posté-
« rieur à la célébration. Il en est de même si le contrat
« postérieur à la célébration est relatif à des articles anté-
« rieurs, mais sous-seing privé, comme il est d'ordinaire,
« car tels articles sont sans date (1). »

Au XVIII^e siècle, Denisart déclare : « Le contrat qui cons-
« tate les conventions de mariage doit précéder la célébra-
« tion. Aussi est-ce un principe que le contrat de mariage
« fait après la célébration est nul (2). »

Pothier est formel dans le même sens. « Les conven-
« tions matrimoniales doivent se faire avant la célébration
« du mariage, il n'est plus temps de le faire après que le
« mariage a été célébré. » Et il déclare nulle toute conven-
tion de communauté postérieure à un mariage célébré
dans une province où la communauté n'existe que si les
parties en sont convenues, de même « le mari ne pourra
plus donner à sa femme d'autre douaire que celui que lui
donnent les Coutumes sous lesquelles ses héritages sont
situés » (3).

La jurisprudence confirme la doctrine. Un arrêt du
12 juillet 1705 déboute une femme, dont le mariage
avait été annulé, de sa demande en restitution d'une
somme de 1000 livres, parce que le contrat de mariage
par lequel elle l'avait apportée était de deux mois posté-
rieur à la célébration (4).

(1) *Communauté*, liv. I, chap. III, n° 32.

(2) V° *Contrat de mariage*, édit. 1786, t. V, p. 479.

(3) Ici l'on trouve une application de la distinction des meubles et des immeubles, quant au caractère réel ou personnel du contrat de mariage.

(4) *Journal des audiences*, t. V, liv. VI, chap. XXIII, p. 643.

Ainsi, l'on peut dire que, sauf une opinion isolée, la règle de la confection du contrat de mariage avant la célébration était admise, et que même dans les pays d'exception, il n'y avait pas violation de l'immutabilité par suite du caractère, purement confirmatif, des conventions arrêtées précédemment, que revêtait le contrat postérieur.

SECTION III. — Rédaction des conventions matrimoniales par acte authentique.

Il est à remarquer que si l'on exige la confection du contrat de mariage avant la célébration, pour éviter toute modification postérieure, on ne sera sûr de l'exacte observance de cette règle que si la date du contrat est certaine et s'il est impossible aux époux de passer un contrat postérieur en l'antidatant. Ce résultat ne peut être atteint que si la rédaction du contrat de mariage est faite par un acte authentique qui en rende la date certaine.

L'ancien droit avait bien compris cette nécessité. Nous allons voir ses efforts pour atteindre ce but.

Examinons d'abord les textes législatifs sur la matière. Dès le 13 décembre 1695 (1) un arrêt du Conseil ordonne « Les contrats de mariage... seront passés par « devant notaire à peine de nullité, privation de privilèges et hypothèques. » Mais c'était là un arrêt purement fiscal qui ne fut pas enregistré à Paris.

Un édit du 19 mars 1696 (2) portait : « ART. 8. — Vous « lons que tous les contrats de mariage, quittances de dot

(1) DALLOZ, *Répertoire*, V^o *Contrat de mariage*, n^o 216.

(2) DALLOZ, *Répertoire*, t. XIV, V^o *Contrat de mariage*, n^o 4153 (le même édit est daté du 16 août 1696 dans DALLOZ, V^o *Contrat de mariage*, n^o 216).

« décharges donnés, en conséquence soient passés devant
« notaire à peine de privation de privilège et d'hypothè-
« ques ». Cette disposition a été réitérée par des autres dé-
clarations datées du 16 décembre 1698 et du 11 décembre
1703 ; comme on peut le remarquer, ces dispositions ne
mentionnaient plus l'énergique sanction de la nullité.

D'autre part, l'ordonnance sur les donations de février
1731, enregistrée à Paris le 9 mars (1), vint réagir indi-
rectement sur les conventions matrimoniales en statuant
sur la forme des donations. D'après son article 1^{er}, « toutes
« donations entre vifs seront passées devant notaires..... à
« peine de nullité », par conséquent la donation entre
vifs par contrat de mariage n'était valable que passée
devant notaire. La même ordonnance, dans son article 3,
dispensait la donation à cause de mort contenue dans un
contrat de mariage, de suivre les formes des testaments et
codicilles obligatoires pour toutes autres donations à cause
de mort.

Donc, pour les contrats de mariage ne contenant pas
une donation entre vifs, restait la pleine faculté de les
faire sous seing privé, et cette faculté était reconnue dans
les provinces suivantes : Alsace, Poitou, Navarre, Pro-
vence, Béarn, Luxembourg, Namur et Normandie (2).

La Coutume d'Ypres exigeait bien que le contrat fût
passé devant cinq échevins, mais pour lui permettre de
deshériter et d'adhérer, et non pour valider le contrat.

Tel était l'état des textes, état incomplet, comme on le
voit, mais dans la généralité des Coutumes les mœurs y
avaient suppléé.

(1) ISAMBERT, *Anciennes lois françaises*, t. XXI, p. 343 et suiv.

(2) Voir les arrêts nombreux reconnaissant cette tradition dans
DALLOZ, *Rép. de Lég.*, V^o *Contrat de mariage*, n^{os} 219 et suiv., n^o 225.

Dès le xvii^e siècle, cette exigence de l'authenticité était réclamée en doctrine. Auzanet, nous l'avons vu, exigeait que la contre-lettre passée avant la célébration du mariage fût insérée au bas de la minute des contrats de mariage.

Au xviii^e siècle, les auteurs continuent la même tradition. « Le contrat de mariage doit être passé devant notaire, car il doit avoir une date certaine et authentique et il doit être fait avant la célébration du mariage (1). » Et Pothier, qui répète cette exigence, donne la pratique générale, « les conventions doivent se faire par un acte qu'on appelle contrat de mariage, cet acte doit être passé devant notaires. On rejette dans la plupart de nos provinces les contrats de mariage passés sous signatures privées (2). »

L'authenticité même ne suffisait pas, il fallait encore que l'acte fût passé en minute. « La passation de l'acte devant notaires assure, à la vérité, l'époque de l'acte qu'on représente, mais la circonstance qu'il est passé en brevet, permet de supprimer les deux doubles et n'assure pas entièrement l'irrévocabilité des conventions ; aussi est-ce un principe généralement reçu que les contrats de mariage, passés devant notaires et sans minute, sont nuls et comme non avenus (3). »

Quant à la jurisprudence, au xvii^e siècle, elle admet la validité des contrats de mariage sous seings privés. Bignon, dans ses conclusions pour le procureur général, dans un procès jugé par arrêt du 11 février 1647 (4), est formel en ce sens.

(1) PRÉVOT DE LA JANÈS, *Principes de jurisprudence*.

(2) *Introduction à la Communauté*, n^o 12.

(3) DENISART, V^o *Contrat de mariage*, § I, n^o 4, édit. 1786, t. V, p. 473.

(4) *Journal des audiences*, t. I, liv. V, chap. V, p. 394.

Mais au XVIII^e siècle, l'exigence de l'authenticité et même de la rédaction en minute, est proclamée par sentence du Conseil provincial d'Artois du 2 mars 1722, confirmée par arrêt du 17 août 1725. « L'état d'un contrat de mariage, « dit cet arrêt, doit être certain et dans une forme qui « puisse le garantir de tout changement ; si l'une des parties, ou toutes les deux ne sont pas retenues par une « minute déposée, ils ont les moyens de changer les conventions contractées (1). » Cet arrêt est d'autant plus remarquable qu'il a été rendu pour la province d'Artois dans laquelle il était d'un usage constant de faire les contrats de mariage en brevet sans minute. Il est vrai qu'un arrêt postérieur du 30 mai 1742 se contenta de la rédaction notariée en brevet.

Toujours est-il, qu'au XVIII^e siècle, tant en doctrine qu'en jurisprudence, l'authenticité était requise presque partout.

« Il y a néanmoins quelques provinces où les contrats « de mariage sous signatures privées sont admis (2). » En Normandie, par exemple, il était d'usage constant de se passer du ministère des notaires. La déclaration du 11 décembre 1703 avait bien été enregistrée au Parlement de Rouen, le 15 janvier 1704 (3). Mais cette ordonnance n'eut pas d'effet. Dans une espèce jugée par sentence du Châtelet, le 13 juin 1733, entre la baronne d'Assi et le sire de Vigneux, « la dame d'Assi a produit un article de notoriété « d'avocats au Parlement de Rouen et de MM. les Gens du « Roi au Parlement de la même ville par lequel il a été « attesté que les contrats de mariage, sous signatures pri-

(1) DENISART, *V^o Contrat de mariage*, § 1, n^o 4, t. V, p. 478.

(2) POTHIER, *Introd. à communauté*, n^o 12.

(3) DENISART, *Contrat de mariage*, n^o 7, édit. 1775, t. I, p. 547, qui déclare que la sanction avait encore été la nullité.

« vées, sont d'un usage fréquent en Normandie, autorisés
« par la Coutume (art. 527) et par la jurisprudence des
« arrêts, qu'ils font foi contre les héritiers et qu'ils ne dif-
« fèrent des contrats de mariage; passés devant notaire,
« qu'en ce qu'ils ne portent d'hypothèque contre les
« créanciers, que du jour de la reconnaissance. » La fin de
cette consultation indique la grave infériorité du contrat
sous seing privé qui devait pour cela tendre à disparaître.

Mais la validité des contrats sous seings privés n'était
pas admise sans conditions, et Pothier nous dit : « Les si-
« gnatures des parents des deux familles, qui se trouvent
« au bas de ces actes, ont paru devoir écarter tout soupçon
« d'antidate. Mais si le prétendu contrat de mariage n'é-
« tait revêtu que des signatures privées des seules parties
« contractantes, je crois qu'il devrait être rejeté, comme
« suspect d'antidate, même dans les provinces qui admet-
« tent les contrats de mariage sous signatures privées. J'ai
« vu des consultations écrites d'avocats au Parlement de
« Normandie qui étaient de cet avis (1). » Et Denisart dé-
clare que « pareil contrat sous seings privés est valable si
sa date est assurée, par la présence des parents. Sinon le
contrat doit être déposé avant la célébration du mariage,
autrement toutes les clauses extraordinaires qui y sont
insérées n'ont aucun effet (2), »

L'authenticité s'appliquait, bien entendu, au contrat
de mariage, mais non aux articles de mariage « qui ne
sont jamais considérés que comme de simples proposi-
tions, qui ne dispensent pas de rédiger ensuite par devant
notaire conformément à la pratique universelle de ce

(1) *Introd.*, n° 12.

(2) DENISART, V° *Contrat de mariage*, édit. 1786, t. V, p. 477, col. 2.

royaume le contrat qui doit contenir les conditions verbales et définitives de l'alliance projetée ».

Nous avons vu qu'un arrêt du 17 mai 1677 (1) a validé le contrat postérieur passé sur de simples articles sous seings privés. Un autre arrêt du 19 août 1758 a ordonné l'exécution des articles de mariage du sieur Cauvel de Greville avec Suzanne Tudelle, quoique rédigés sous seings privés sans contrat de mariage subséquent.

Ce caractère d'authenticité était ordinairement donné par les notaires. Mais l'auteur du *Traité des contrats de mariage* (2) nous rappelle qu'autrefois il y avait des juges royaux qui s'étaient attribué le droit de les faire passer devant eux, en forme de conventions et de condamnations volontaires ayant même authenticité et mêmes effets, et il ajoute : « Cet usage s'est encore conservé en certains endroits de la Picardie où les gens de la campagne se retirent par devant les juges des seigneurs, pour y passer leur traité de mariage, à la fin duquel ils passent condamnation d'exécuter tout ce qui est contenu dans les articles. Mais ce sont actes défectueux, car il n'y a que les notaires et tabellions qui ont le droit de recevoir de pareils contrats (3). »

Il nous reste à remarquer que, même cette authenticité ne rendait pas le contrat de mariage public. Ainsi que le

(1) *Journal des audiences*, t. III, liv. IV, chap. XVI.

(2) Chap. II, p. 45.

(3) Une autre exception existait au monopole des notaires : quant aux contrats de mariage des Princes et Princesses passés en présence des Rois par devant les secrétaires d'Etat des commandemens et finances. Les notaires prétendirent que de tels contrats devaient être déposés chez eux ou reconnus par devant eux. Mais cela fut déclaré inutile par déclaration royale du 21 avril 1692 (ISAMBERT, t. XX, p. 152).

remarquait Auzanet : « Les minutes des contrats de mariages sont secrètes et ne doivent être communiquées ni les grosses et extraits délivrés qu'aux parties intéressées (1). » La publicité même, exigée par l'intérêt des tiers, ne fut véritablement organisée que pour les contrats de mariage des commerçants et seulement s'ils stipulaient des clauses dérogatoires à la communauté coutumière, par l'ordonnance du mois de mars 1673, titre VIII (2). Pour les autres époux, rien ne sera fait avant la loi de 1850 (3).

(1) AUZANET sous *Coutume de Paris*, p. 197.

(2) ISAMBERT, t. XIX, p. 409.

(3) Voir sur cette matière la thèse de M. PRONIEZ, *La publicité du contrat de mariage*, Paris, 1903, particulièrement l'introduction historique.

CHAPITRE II

APPLICATIONS DU PRINCIPE DE L'IMMUTABILITÉ.

Nous avons vu les conditions de temps et le caractère intrinsèque requis des contre-lettres pour leur nullité. Il nous reste à voir maintenant, l'application du principe de l'immutabilité, respectivement à chaque élément des contrats de mariage. Ceux-ci pouvaient viser, dans l'ancien droit, divers points; l'ensemble du régime, ses conséquences, les donations faites aux futurs époux, soit l'un à l'autre, soit par des tiers, enfin le douaire et quelques autres clauses. Nous verrons chacun de ces éléments successivement.

SECTION I. — **Prohibition des modifications à l'ensemble du régime.**

Nous verrons, dans ce chapitre, l'immutabilité empêchant l'époux d'être sous deux régimes successifs, pendant le mariage.

A cet égard, les effets de l'immutabilité se produisaient de deux façons : 1° elle s'opposait à ce que les époux, par un acte postérieur au mariage, changassent de régime ; 2° elle les empêchait de se réserver le droit de substituer un autre régime à celui qu'ils avaient primitivement adopté et d'indiquer ce changement, à l'avance, en stipulant un terme ou une condition.

§ 1^{er}. — Prohibition des modifications par acte postérieur.

Bien que la liberté des conventions matrimoniales existât, les modifications possibles à l'ensemble du régime étaient moins nombreuses qu'aujourd'hui.

Nous bornant à l'étude des pays de droit coutumier, il nous faut constater que, des quatre régimes visés par le Code, trois seulement étaient possibles dans ces pays. La stipulation du régime dotal dans le contrat de mariage était inconnue. Pareille convention n'a été envisagée par aucun auteur, et le régime dotal était trop contraire au droit commun de la Coutume, qui ne pouvait admettre des biens rendus inaliénables ou des personnes devenues incapables hors des cas spécifiés, pour que ce silence fasse supposer l'acceptation de telle stipulation (1).

La mutation du régime dotal à la communauté ou inversement, ne se pouvait concevoir qu'au cas où des époux, mariés dans les pays de droit écrit, viendraient, par la suite, demeurer dans un pays de droit coutumier. Bacquet qui rapporte la question : « On a demandé si l'homme et femme mariés en pays de droit écrit, venus demeurer en pays coutumier, peuvent convenir et accorder qu'il y a communauté de biens entre eux », répond qu'il fallait inviolablement garder les conventions matrimoniales (2). Même solution était admise pour l'hypothèse inverse. Mais c'étaient là des cas peu ordinaires.

Nous verrons seulement les deux séries de modifications possibles pour les autochtones des pays coutumiers : elles

(1) Sur ce point, voir LEFEBVRE, *Droit des gens mariés*, p. 427 et s.

(2) BACQUET, *Droit de justice*, chap. XXI, n° 72, p. 152.

étaient faites pour passer de la communauté à l'un des deux autres régimes : Exclusion de communauté et Séparation de biens ou réciproquement.

ARTICLE 1^{er}. — *Modifications exclusives de Communauté.*

Pothier les déclare impossibles. « Aussitôt que le mariage a été célébré, il n'est plus permis aux parties d'y déroger, même par un consentement mutuel, soit en déclarant qu'elles n'ont point entendu en se mariant contracter une communauté, soit en convenant de la faire cesser pour l'avenir par une séparation de biens (1). »

A. — *Prohibition de l'exclusion postérieure au mariage.*

Il était impossible aux époux d'adopter un régime d'exclusion de la communauté après avoir stipulé celle-ci, expressément ou tacitement. Bobé, dans son *Commentaire sur la Coutume de Meaux*, dit que « si les époux ont stipulé la communauté, elle dure tout le temps du mariage et ne se peut dissoudre que par la mort ou la séparation » (2).

Lebrun, examinant le cas où les époux ont adopté tacitement la communauté légale, recherchait s'ils ont pu l'écarter postérieurement au mariage et décidait la négative. Il résolvait d'abord la question entre le mari et les héritiers de la femme, exposant les raisons que produisaient les parties, le mari, pour la validité de l'exclusion, les créanciers, pour sa nullité, et il citait fort justement parmi les conclusions de ces derniers, celle-ci : « Que cette clause d'un contrat, postérieur au mariage, est moins une exclusion qu'une révocation du droit de communauté déjà établi. »

(1) *Introd. à communauté*, n° 48.

(2) *Commentaire sur Cout. de Meaux*, art. 56, p. 423.

A vrai dire, rien n'indique expressément, dans Lebrun, qu'il ait voulu parler du régime d'exclusion de communauté proprement dit. Cependant, c'est bien dans un sens restreint qu'il semble employer ces mots dans l'espèce tout entière, car au commencement du chapitre, les employant dans un sens plus général, il mentionne expressément la séparation de biens.

B. — Prohibition de la séparation de biens volontaire.

« Dans la règle générale les séparations volontaires et
« qui se font *bona gratia*, sont réprouvées entre mari et
« femme, et c'est une suite du principe qui leur défend de
« déroger aux droits formés entre eux, par leur contrat
« de mariage ou par la disposition de la loi au moment
« de leur mariage. » C'est en ces termes que Valin donne les raisons de la prohibition des séparations de biens volontaires qui « pourraient servir au dessein qu'aurait un mari de priver sa femme de sa part, dans la communauté, au moins pour l'avenir (1) ».

Cette prohibition de la séparation de biens volontaire est donc bien une application de la règle de l'immutabilité.

L'exigence de l'intervention de la justice avait été contestée à l'origine.

Dumoulin, dans son *Commentaire sur la Coutume de Paris*, admettait à côté de la véritable séparation de corps et de biens, pour laquelle il exigeait le prononcé judiciaire, la possibilité d'une séparation de fait, publique et réelle, et cela « dans l'intérêt des époux pour éviter les frais et le procès ». Mais il est bien entendu, d'après lui, que l'effet de pareille séparation n'aura lieu que pour l'avenir, seuls

(1) *Commentaire sur La Rochelle*, art. 48, § 1, n° 34, t. II, p. 694.

les créanciers futurs ne pourront y contrevenir (1). Mais lui-même, en d'autres endroits, écrit que la séparation doit être prononcée sans fraude et non « si par mauvais gouvernement la femme était séparée de fait » (2), et ailleurs : « *intelligendum etiam de separatione facta publice et auctore judice ordinario* » (3).

Mais la prohibition de la séparation volontaire était généralement admise lors de la rédaction des Coutumes. Dès 1539 la Coutume de Berry (titre I, art. 49) déclare : « Et seront les dites séparations de biens en jugement avec « cognoissance de cause et inquisition sommaire d'icelles, « bien que le mary et la femme les voulussent accorder « volontairement afin d'obvier aux fraudes, que l'on pour- « rait faire par le moyen desdites séparations aux créan- « ciers. » La seconde rédaction de la Coutume de Paris (art. 224) est plus nette que la première, elle porte « séparée par justice » au lieu de « si elle n'est séparée » de l'ancien article 106 de la Coutume de 1510. Même transformation dans les Coutumes d'Orléans. L'article 171 de la première portait : « Femme séparée sans fraude » ; la seconde expose, en son article 198, la procédure des séparations de biens qui « se doivent faire avec connaissance de cause et infor- « mation préalablement faite par les juges des lieux où « seront demeurans ceux qui requerront les dites sépara- « tions (4) ».

Mais quelques Coutumes faisaient exception. En Artois,

(1) MOLINEUS, *Opera*, t. I, p. 870, *Commentaires sur Coutume de Paris*, art. 110, n° 3.

(2) Sur l'article 125, chap. II de la *Coutume de Montfort*.

(3) Sur *Coutume de Bourbonnais*, chap. XV, art. 235.

(4) De même *Coutumes de Melun*, art. 215 ; de Sedan, art. 97 ; de Dunois, art. 53.

on admettait la validité de la séparation de biens volontaire. « Que si la jurisprudence de la majeure partie des « tribunaux et des auteurs étaient contraires à la validité de « telles séparations, elle n'était particulièrement pas suivie dans le ressort du ci-devant conseil d'Artois » (1), dira plus tard la Cour de cassation.

La doctrine fut toujours contraire aux séparations de biens volontaires. Charondas parlant de la séparation de biens accessoire, dit que si elle « estoit faite du seul consentement des parties on n'y aurait esgard, mesmes pour le « regard du mary qui en pourroit estre relevé (2) ». Lhommeau : « La séparation d'entre le mary et la femme ne se peut faire par contrat volontaire ou transaction, ains par jugement contradictoire avec connaissance de cause (3). » Domat rappelle même idée pour la séparation de biens principale qui doit être « ordonnée en justice et avec connaissance de cause après des preuves suffisantes que le mauvais état des affaires du mari et son peu de biens mettent en péril les biens de la femme (4) ». Pothier fixe l'étendue de la règle (5). « La séparation de biens ne peut se faire par le consentement mutuel des parties, il est nécessaire qu'elle soit ordonnée par une sentence du juge rendue avec connaissance de cause. La raison est... que toutes les conventions de mariage sont irrévocables et ne peuvent se changer durant le mariage, même par le consentement mutuel des parties... Une transaction par laquelle les parties conviendraient d'une dissolution de

(1) V. arrêt Cour de cassation du 11 juillet 1809, S. 1810.4.83.

(2) *Réponses*, liv. XI, rép. 87, p. 573.

(3) Liv. III, n° 141, p. 279.

(4) *Lois civiles*, liv. I, tit. IX, sect. 5, art. II, t. I, p. 403.

(5) *Communauté*, n° 514.

communauté et qu'à l'avenir chacune des parties jouirait séparément de son bien serait donc un acte nul (1). »

La jurisprudence était, depuis longtemps, fixée en ce sens.

Un arrêt du 21 janvier 1597 permet à une femme de réclamer moitié de la communauté aux héritiers du mari, malgré la convention de séparation, passée devant notaire, durant le mariage (2). Un autre du 25 juillet 1600 casse une sentence qui avait confirmé une séparation faite sans information précédente, bien que du consentement des époux et qu'aucun créancier ne s'en plaignît (3). Un arrêt du 3 février 1601, de la V^e Chambre des enquêtes de Paris, annule une transaction portant divorce et séparation de corps (4). Pareil arrêt du même Parlement du 10 février 1601 (5).

Corbin nous rapporte en ses *Plaidoyez* que : « Par sentence du juge de Beaulieu, près la Roche-sur-Yon, séparation de biens avait été faite entre François Gouin et Julienne Siméon, et portait la sentence, du consentement

(1) Dans le même sens sont encore LEBRUN, qui repousse les séparations de biens volontaires comme étant « de vraies contre-lettres contre la communauté légale ou contre la conventionnelle, outre qu'elles sont contraires à l'honnêteté publique et à la sûreté du commerce », *Communauté*, liv. III, ch. I, n° 3, p. 321 ; et RENUSSON, *Communauté*, liv. I, ch. IX, n°s 9 et 10.

(2) LEPRESTRE, *Arrets*, centurie I, chap. XCVIII, n° 15 ; et FERRIÈRE, *C. et comp.* sur Paris, art. 258, n° 12.

(3) Cet arrêt daté de 1660, dans l'édition de LEPRESTRE de 1674, est déjà rapporté, dans l'édition de 1632, comme étant de 1600, ce qui certainement est la bonne date. — Voir centurie I, chap. XCVIII, n° 23.

(4) LOUET, let. S, som. XVI, n° 2.

(5) CHOPPIN, sur *Coutumes de Paris*, tit. II, n° 32 et BRODEAU sur LOUET, let. S, som. XVI, n° 10.

du mari, sans autre connaissance de cause. La Cour mit la sentence au néant, renvoya les parties devant le juge du lieu pour procéder sur la séparation, avec connaissance de cause, Arrêt de la Grand'Chambre du 7 mars 1608 » (1). Déjà le 19 janvier, même année, une séparation volontaire Grassignon-De la Garde avait été annulée (2).

La IV^e Chambre des enquêtes confirme la même idée par arrêt du 6 juin 1621 (3), et la même jurisprudence se continue par des jugements du 30 janvier 1672 (4), du 4 mai 1677 (5), du 14 mai 1695 (6).

En Bourgogne, un arrêt de la Cour de Dijon ordonne à une femme de se remettre en communauté sur la réclamation du mari contre une séparation volontaire. Arrêt du 1^{er} juillet 1699 (7).

Au XVIII^e siècle la Grand'Chambre, par arrêt du 27 mars 1708, annule une transaction passée entre époux, par laquelle il était convenu d'une séparation de biens (8).

Notons que la même nullité était prononcée aussi dans les pays de droit écrit. Le 5 juin 1642, un arrêt du Parlement de Provence annule la séparation volontairement faite entre le mari et la femme, sans information ni enquête préalable (9).

(1) J. CORBIN, *Plaidoyez*, chap. CXXII, p. 344 ; BRODEAU SUR LOUET, let. S, som. XVI, n° 7.

(2) LEPRESTRE, centurie I, chap. XCVIII, n° 23.

(3) BRODEAU SUR LOUET, let. S, som. XVI, n° 10.

(4) BRODEAU SUR LOUET, let. C, som. XXVIII, n° 12.

(5) *Journal du Palais*, t. III, liv. IV, chap. XV, p. 230.

(6) *Journal des Audiences*, t. IV, liv. X, chap. X, p. 570.

(7) RAVIOT SUR PÉRIER, question 261, n° 65.

(8) *Journal des Audiences*, t. V, 2^e part, liv. VIII, chap. XXII, p. 148.

(9) BONIFACE, *Arrêts*, t. I, 1^{re} partie, liv. V, tit. VIII, chap. I.

Cependant il faut reconnaître que la règle de l'intervention de justice n'était pas sans exception.

« Lorsque le mari est en faillite ou qu'il fait abandon de « biens à ses créanciers, il n'est pas même nécessaire alors « que la femme fasse prononcer la séparation, elle est sé- « parée de plein droit, de manière qu'il lui suffit de se faire « autoriser pour exercer ses reprises. Ses créanciers peuvent « même alors les exercer pour elle (1). »

Même en dehors de ce cas où la preuve du péril de la dot était indubitable, il y avait des cas où une séparation purement contractuelle était validée.

D'abord, l'on trouve des arrêts nombreux qui ont validé de pareilles séparations, eu égard au rang des personnes qui les avaient faites. Brodeau (2) en cite de nombreux exemples, un arrêt du 12 décembre 1614, entre messire Isaac de La Rochefoucauld et Hélène de Fonsèque, un autre du 14 août 1621 entre Maximilien de Béthune, marquis de Rosny, et Françoise de Créquy, celui du 9 juillet 1627 validant la séparation volontaire du 27 novembre 1626 entre Alexandre de Lévis-Mirepoix et Louise de Béthune, un arrêt de Provence du mois de juin 1628, validant la transaction entre le maréchal de Créquy et Françoise de Lesdiguière son épouse, « enfin un autre arrêt de « la Grand'Chambre du 4 juin 1644 entre Catherine de « Limagne et Georges de Quesnel, confirmatif de la transaction passée entre eux par devant notaire, de l'avis de « leurs parents et conseils, le 27 octobre 1632 portant sépa- « ration de biens ».

(1) VALIN, *Com. sur Coutume de la Rochelle*, art. 48, § 1, n° 34 ; V. arrêt du 5 avril 1677, *Journal du Palais*, t. I, p. 795 ; LEBRUN, *Communauté*, liv. III, chap. I, n° 8, p. 322.

(2) Sur LOUET, let. S, som. XVI, n° 7.

« Ces arrêts, ajoute Brodeau, sont intervenus entre personnes qualifiées qui ont intérêt que les caprices, frubus-
« cules et divisions qui surviennent en leur mariage, ne
« soient point divulgués par une longue contestation,
« et une enquête, y ayans espérance que le temps réunira leurs esprits divisez. »

Mais toutes ces espèces et les motifs mêmes donnés pour leur admission visent des cas de séparation de biens accessoires. Lebrun critique ces passe-droits « qui peuvent avoir d'étranges suites » (1), et rapporte qu'en Provence ils sont impossibles, du moins quant aux séparations de corps, d'après des arrêts cités par Boniface (2), cependant nous avons vu un arrêt de ce Parlement, contraire, cité par Brodeau.

Les séparations de biens volontaires devenaient, en outre, inattaquables lorsqu'elles avaient été exécutées durant un long temps. « Dumoulin propose l'espèce d'une
« séparation volontaire entre un mari et une femme,
« lesquels ensuite de ce, avaient vécu et demeuré séparément, administrant et faisant valoir chacun leurs biens,
« pendant 25 ans entiers ; après la mort de la femme, son
« frère, seul et unique héritier, demande au mari, partage
« de la communauté », et Dumoulin résout « que *ex quo die*
« *separali fuerant dissoluta est communio et diuturnitas*
« *idem operatur quod sententia et expressa divisio* (3) ». Et la jurisprudence a maintes fois validé de telles séparations exécutées si longtemps.

Quel temps fallait-il ? Aucun, bien entendu, n'est fixé,

(1) *Communauté*, liv. III, chap. I, n° 7, p. 322.

(2) *Arrêts*, t. I, liv. V, tit. VIII, chap. I.

(3) BRODEAU sur LOUET, lettre S, som. XXVI, n° 7.

puisque c'est simplement par des circonstances de fait que les tribunaux se décidaient.

Aussi un arrêt du 13 juin 1619 remet les parties en tel état qu'elles étaient avant une transaction passée en présence des parents, par laquelle les époux se déclaraient séparés de biens et de corps et la femme renonçait à la communauté, au douaire et autres conventions matrimoniales, bien que la transaction ait été exécutée quatorze ans.

Mais ce même délai de quatorze ans devait paraître suffisant, un siècle plus tard, à la IV^e Chambre des enquêtes, qui validait par arrêt du 20 août 1724 (1) une séparation volontaire, exécutée durant le même temps.

Dès le xvii^e siècle, on trouve des arrêts validant une séparation exécutée par un temps plus long.

Un arrêt du 1^{er} décembre 1626 valide une séparation de biens volontaire exécutée pendant vingt ans, mais Bignon, alors procureur général, avait conclu à la validité surtout parce que c'était la femme qui, après avoir provoqué la séparation de biens, en demandait la nullité.

Mais le 6 mai 1631, un arrêt se base formellement sur le long temps d'exécution pour valider la séparation. L'avocat général y concluait en ces termes (2). « Il faut
« donc nécessairement connoître du péril évident et de la
« ruine imminente des deux conjoints. En cette cause, on
« n'a pas observé ces formalités et solennités requises,
« mais ce qui s'est fait et passé depuis la sentence de sé-
« paration de biens, pendant vingt-six ans entiers, la con-

(1) Cité par VALIN, *Comm. sur Coutume de la Rochelle*, art. 48, § 4, n° 33, et par MERLIN, *Répertoire*, t. XVI, V° *Séparation de biens*, p. 14.

(2) Voir cet arrêt en entier dans BARDET, *Arrêts*, t. I, liv. IV, chap. II, Il est résumé au *Journal des audiences*, t. I, liv. I, chap. XCII.

« firme suffisamment et supplée valablement à tout ce qui
 « regarde ces défauts de formalités. Après un inventaire,
 « un partage actuel, une demeure et domicile séparés de
 « vingt-six ans, une jouissance chacun de ses biens à
 « part, une donation universelle de tous biens faite à ses
 « enfants par l'appelante, il n'y a nulle apparence de cas-
 « ser la sentence de séparation de biens pour remettre les
 « parties en communauté parce que les choses se trouvent,
 « à présent, réduites à ce point de ne pouvoir plus être
 « remises en leur entier. »

Au XVIII^e siècle, la jurisprudence maintient encore cette exception. Un arrêt du 21 octobre 1711 confirme une séparation de corps et de biens exécutée pendant trente ans, mais Michel du Chemin, qui rapporte cet arrêt (1), en rappelle le caractère exceptionnel. « L'arrêt ci-dessus, qu'on ne peut appliquer qu'aux circonstances singulières de son espèce, puisqu'il est vrai qu'un mari et une femme ne peuvent se séparer volontairement.... »

Des arrêts analogues furent rendus le 20 août 1724 et le 5 septembre 1761 (2).

Enfin, le décès de l'un des époux rendait encore la séparation de biens volontaire, inattaquable.

Un arrêt du 5 septembre 1635 refuse de casser une séparation de biens volontaire, comme le demandaient les héritiers du mari : « il n'y a à présent aucune apparence de
 « vouloir impugner cette séparation, puisque les choses
 « ne sont plus en leur entier et ne peuvent plus y être
 « mises » (3). A Dijon, la Cour déboute, le 15 décembre 1644,

(1) *Journal des audiences*, t. VI, liv. I, chap. XLV, p. 154 bis.

(2) DENISART, V^o *Séparation de biens*, édit. 1773, t. IV, p. 371, mais ce dernier cas était complexe.

(3) BARDET, *Arrêts*, t. II, liv. IV, chap. XXVIII, p. 213.

une veuve de sa demande en nullité de séparation de biens volontaire (1). Pareil refus est fait à la veuve Duretz par arrêt du Parlement de Flandre du 26 mai 1742 (2). « Comment serait-il possible de rétablir les choses dans « l'état où elles étaient? Comment serait-il possible de « découvrir la vérité si la femme a eu le moindre intérêt à « la cacher », disaient les héritiers du mari, en leurs conclusions adoptées par le tribunal.

Il est à remarquer que la jurisprudence ne distinguait pas la séparation de biens purement conventionnelle de celle qui, convenue, avait reçu l'homologation de la justice. Les arrêts ci-dessus rappelés visent indistinctement les deux cas. Et Pothier est formel en ce sens, « car, dit-il, « l'une ou l'autre partie, ou ses héritiers pourraient, en « appelant de la sentence d'homologation, faire déclarer « nulle la séparation, et les créanciers le pourraient pareillement en formant opposition à cette sentence d'homologation (3). »

Il fallait que le tribunal statue *cognita causa*. « La justice, en garde contre la collusion des parties, ne doit « ordonner de séparation qu'en connaissance de cause, « savoir... à l'égard de la séparation de biens que sur des « preuves, soit par écrit ou par témoins, des dissipations du « mari et du danger auquel les droits et reprises de la « femme sont exposés. Toutes séparations ordonnées légèrement et sans preuves suffisantes, courent le risque « d'être déclarées nulles sur appel qui serait interjeté de « la sentence (4). »

(1) RAVIOT SUR PERRIER, question 261, n° 65.

(2) MERLIN, *Répertoire*, t. XVI, V° *Séparation*, p. 14.

(3) *Communauté*, n° 514.

(4) VALIN, *Commentaire de la Coutume de La Rochelle*, art. 48, § 1, n° 30, t. II, p. 694. Dans le même sens, LEBRUN, *Communauté*, liv. III, ch. I, n. 4, p. 322.

En effet, un arrêt du Parlement de Bretagne du 22 octobre 1626, casse une sentence de Nantes qui avait accordé une séparation de biens, sans avoir fait information du « mauvais ménage du mari ». La femme avait bien invoqué des aliénations faites pour le mari, mais il fut remarqué « que les aliénations ne sont pas preuves suffisantes du mauvais ménage, pouvant être faites utilement et à propos (1). »

L'enquête était inutile, quand le mauvais état des affaires du mari était constaté par écrit ; par exemple s'il y avait une saisie générale de ses biens ou saisie réelle des immeubles, discussion faite des meubles (2).

En tous cas, il était un mode de preuve que l'on repoussera à cause des moyens de fraude qu'il aurait permis. L'interdiction de la séparation de biens volontaire devait amener le rejet de l'aveu du mari, comme moyen de preuves en cette matière. Aussi, c'est bien ainsi, que l'entendait l'ancien droit. Nous avons sur ce point le témoignage formel de Pothier. « Quand même le mari aurait, par ses « défenses, avoué les faits qui servent de fondement à la « demande de la femme, le juge ne doit pas moins exiger « que la femme en fasse la preuve : car les séparations ne « devant pas se faire du consentement des parties, il est « nécessaire, pour éviter la collusion qui pourrait être « entre mari et femme, que les faits qui servent de fondement à la femme soient justifiés autrement que par « l'aveu du mari (3). »

On trouve dans les travaux préparatoires du Code de

(1) FRAIN, *Arrêts de Bretagne*, t. I, chap. LXXI, p. 263.

(2) VALIN, *loc. cit.*, n° 34 ; RENUSSEAU, *Communauté*, 1^{re} partie, ch. IX, n° 7, p. 154 ; LEBRUN, *Communauté*, liv. III, ch. I, n° 8.

(3) *Communauté*, n° 516.

procédure civile mention qu'il existait auparavant un cas où cet aveu du mari était reçu « s'il n'y avait pas de créancier » (1).

Mais toujours est-il que la règle générale était qu'on rejetait formellement l'aveu du mari qui en fait ramenait à la séparation de biens volontaire.

« Toute séparation prononcée du consentement des deux époux était nulle parce que cela ne serait toujours que volontaire (2). »

Ainsi le mari ne pouvait acquiescer à la demande de sa femme au cours de l'instance. Le 2 avril 1602, le Parlement de Paris rejette une demande de séparation de biens formée par la dame de Bilistain sur appel d'un refus de séparation du bailli de Chaumont, et sur laquelle le mari en appel acquiesçait à la séparation, disant « qu'il ne faut « pas s'accorder aux passions changeantes des parties (3). »

Mais on ne réputait pas conventionnelle la séparation dans laquelle le mari n'avait acquiescé que tacitement en se laissant condamner par forclusion : « Il est des maris.... « qui laissent à la justice le soin d'examiner ces faits et de « balancer les preuves sans prendre le soin de se défendre « D'ailleurs on ne peut forcer qui que ce soit à résister à une demande juste, ni même à se défendre malgré « soi (4). »

La sanction de la prohibition était la nullité de la séparation de biens volontaire. On l'a pu voir par les arrêts ci-dessus rappelés.

Mais la nullité prononcée n'était pas telle que les effets

(1) LOCRÉ, t. XXIII, n° 24, p. 98.

(2) DENISART, V° *Séparation*, édit. 1775, t. IV, p. 371.

(3) LEPRESTRE, centurie I, ch. LXVII.

(4) DENISART, V° *Séparation*, édit. 1775, t. IV, p. 371.

produits par la séparation fussent entièrement détruits. Nous voyons, en effet, un arrêt du 13 juin 1619, annulant la transaction passée entre Pierre Coquelet et Antoinette Mesmin (laquelle, dès le jour du mariage, avait quitté la maison de son mari, de 32 ans plus âgé qu'elle), déclarer : « La Cour remit les parties en tel état qu'elles étaient
« avant la transaction, sans que la femme pût néanmoins
« rien prétendre aux acquisitions faites depuis le jour de
« la passation du contrat de mariage jusqu'au jour de
« l'arrêt. » Il semble que, par cette disposition dernière, reproduite d'ailleurs par d'autres arrêts, la Cour ait eu en vue d'éviter que l'un des époux ne puisse à son gré bénéficier ou non des riches acquisitions faites par son conjoint, sans son concours, durant le temps de leur séparation.

Toujours est-il que, malgré les exceptions admises, la prohibition de la séparation de biens volontaire était une règle coutumière, véritable application de l'immutabilité.

ARTICLE 2. — *Modifications reconstitutives de communauté.*

Les époux, par leur contrat de mariage ayant expressément écarté la communauté, ne pouvaient plus y revenir après. Pour permettre de pareilles modifications, on prétendait que revenir à la communauté était un retour au droit commun qui devait être favorisé.

C'est ce que disait Charondas : « Les maris faisant
« constant leur mariage convention conforme à la cou-
« tume du pays ou ils se sont mariez et font leur demeure,
« ils retournent au droit commun (ainsi faut-il appeler
« telle coutume et loy selon laquelle se doit la province
« gouverner) et partant, ne font rien contre ladite coutume
« ny qui soit prohibé et defendu par icelle... Aussi la
« communication de l'épargne, soin et industrie de la

« femme avec les biens du mary, ores qu'elle n'en eût
 « aucun, engendre une société à laquelle, quand on aurait
 « renoncé, on peut la renouveler ou par mutuel consente-
 « ment ou par l'effet même de l'administration com-
 « mune (1). » Mais cet avis était universellement combattu.
 D'ailleurs Charondas, lui-même, paraît se rétracter ail-
 leurs : « J'ai répondu... telle clause de n'y avoir commu-
 « nauté entre le mary et la femme est valable et par
 « conséquent la convention faite depuis le mariage au
 « préjudice d'icelle, se doit réputer pour donation ou
 « avantage fait par le mary à la femme (2). » En tous cas
 la doctrine était totalement en ce dernier sens. D'Argen-
 tré (3), Auzanet (4), Lebrun (5), Ferrière (6), Renusson (7),
 Bacquet (8), Pothier (9), proclament tous la même prohi-
 bition, dans diverses Coutumes et à diverses époques (10).
 Valin en indique l'étendue : « Si par contrat de mariage,
 « la communauté a été exclue, elle ne peut absolument
 « être rétablie par une convention postérieure au mariage,
 « et non seulement le mari pourrait se faire relever de pa-
 « reille convention, mais encore étant prédécédé, elle n'en-
 « gagerait nullement ses héritiers » (11). C'est donc bien
 une nullité absolue.

La doctrine belge était aussi dans le même sens sur ce

(1) *Réponses*, liv. V, rép. 62.

(2) *Réponses*, liv. XI, rép. 59.

(3) Sous 408, *Cout. de Bretagne*, chap. IV, n° 75.

(4) Sous *Cout. de Paris*, art. 220.

(5) *Communauté*, liv. I, chap. II, n° 47.

(6) *C. et Comp.*, sous 220 de Paris, glose 1^{re}, n° 15.

(7) *Communauté*, 1^{re} partie, chap. II, n° 4, p. 8.

(8) *Droits de justice*, chap. XXI, n° 73.

(9) *Communauté*, n° 465, *in fine*.

(10) Voir aussi *Traité des contrats de mariage*, p. 85.

(11) *Comment. de Cout. de La Rochelle*, art. 48, § 1, n° 17, p. 690.

point. Goris, jurisconsulte de la Gueldre, qui écrivait en 1635, et Abraham de Wesel, jurisconsulte d'Utrecht, donnaient la même réponse que les docteurs français (1).

La jurisprudence était depuis longtemps fixée en ce sens ; Choppin nous rapporte un arrêt du 10 juin 1566 (2) dans l'espèce suivante : « Un paysan avait mis en son contrat de mariage qu'il n'y aurait pas de communauté de bétail et autres biens, entre luy et sa femme, telle que la Coutume de Touraine a établi généralement. » Pendant leur mariage, ils accordent une communauté telle que la Coutume le désire, la Cour appointa la cause au Conseil (3).

Tronçon rapporte en ce sens un arrêt du 7 janvier 1584 (4). Leprestre relate un arrêt du 25 juillet 1600 dans lequel M^e Marion, plaidant pour le procureur général, rappela « qu'il avait été jugé en bien plus forts termes entre un mary et une femme qui, ayans déclaré par leur contrat de mariage qu'il n'y aurait aucune communauté entre eux et depuis estans mariés, avoient fait un autre contrat, dans lequel ils accordaient communauté. Le second contract fut déclaré nul, se fondant la Cour, sur ce qu'il n'est aucunement loisible aux mary et femme de contracter ensemble pendant leur mariage (5). »

Enfin un arrêt du 20 novembre 1610 confirme la sentence du Prévost de Paris du 14 novembre 1608, par laquelle sur les lettres obtenues par « une femme autorisée par justice, au refus d'Aimeri de Mortagne son mari,

(1) Voir leurs réponses tout au long dans Merlin, *Rép. de jurisprudence*, t. III, p. 823, V^o *Conventions matrimoniales*, § 2.

(2) Cet arrêt est daté du 2 juin 1566 par BACQUET, *Droits de justice*, chap. XXI, n^o 72, p. 152.

(3) Choppin, *Des privilèges de rustiques*, liv. II, chap. II.

(4) Sur 220, *Coutume de Paris*.

(5) Centurie I, chap. XCVIII.

« tendantes à ce que la dernière clause du contrat de mariage, passé entre ledit de Mortagne et elle, fut corrigée « et qu'il lui fût permis, au cas où elle survécut son mari, « d'accepter icelle communauté et y renoncer, les parties « avaient été renvoyées hors de Cour et de procès (1) ».

La doctrine et la jurisprudence s'accordaient donc pour proscrire tout changement de régime par acte postérieur au mariage.

§ 2. — Influence de l'insertion de modalités dans le contrat de mariage.

Deux modalités pouvaient être insérées dans le contrat de mariage.

ARTICLE 1^{er}. — *Stipulation d'un terme.*

Pothier admet formellement la possibilité d'insérer un terme dans le contrat de mariage. « Par exemple, on peut « convenir qu'il y aura communauté entre les conjoints, « qui ne commencera qu'au bout d'un an de mariage (2). » De même Valin prévoit le cas suivant, probablement rare en pratique : « s'il est stipulé que la communauté aura « lieu du jour du contrat, rien n'empêche que telle clause « ne soit valable, alors le mariage s'ensuivant, tout ce qui « arrivera aux futurs conjoints ou ce qui se fera par eux, « postérieurement au contrat, sera réglé de la même manière que si cela se fût passé durant le mariage (3) ».

Cette dernière stipulation de terme n'atteignait pas, à

(1) BRODEAU SUR LOUET, lettre M, som. IV, n° 6 *in fine*.

(2) *Communauté*, n° 278.

(3) Sous *Coutume de La Rochelle*, art. 48, § 4, n° 6, t. II, p. 688, et il cite BOUCHEUL SUR POITOU, art. 229, n° 7.

proprement parler, l'immutabilité, puisqu'il n'y avait toujours qu'un seul régime, toutefois elle donnait aux conventions pécuniaires une autre origine, comme date, que celle du lien principal du mariage.

Mais le terme d'an et jour prévu par Pothier, à titre d'exemple, ou tout autre terme, était une entorse certaine à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, les époux ayant eu, de par leur volonté, durant le mariage, deux régimes successifs (1).

Ce même délai d'an et jour était de droit, dans certaines Coutumes, pour l'admission de la communauté. Mais comme, si le mariage avait duré un an et un jour, la communauté rétroagissait, c'était à vrai dire une condition suspensive : celle de la durée du mariage pendant ce délai. Nous allons le voir en étudiant les modalités conditionnelles.

ARTICLE 2. — *Stipulation d'une condition.*

Bien que les époux n'aient pas agi eux-mêmes, nous verrons les rapports de la condition légale d'an et jour, avec l'immutabilité, puis nous étudierons ensuite la condition conventionnelle.

A. — Condition légale de mariage ayant duré un an et jour.

Dans l'ancien droit, les Coutumes étaient loin d'être d'accord, pour savoir quand commençait la communauté.

Le plus grand nombre la faisait commencer dès la célébration du mariage. Dans leur rédaction elles présentaient quelques différences, les unes parlant de la bénédiction

(1) Le Code civil prohibe toute autre date que le moment du mariage, comme initiale de la communauté, art. 1399.

nuptiale (1), les autres de la consommation du mariage (2) ; mais, sous l'ancien régime, cette dernière expression « ne doit s'entendre que de la bénédiction nuptiale qui fait l'accomplissement du mariage sans qu'il soit nécessaire que le mariage soit consommé pour que la communauté ait lieu » (3).

Mais quelques autres Coutumes n'admettaient la communauté qu'autant que le mariage avait duré un an et un jour (4).

Enfin, de plus rares distinguaient si les époux avaient été déjà mariés ou non (n'exigeant le délai d'an et jour que pour ces derniers) (5).

Si le mariage ne durait pas l'an et jour, qu'arrivait-il ? « Si l'homme et femme n'ont esté en mariage par an et jour, de quelque condition qu'ils soient, la femme ou les hoirs auront ce qu'elle y aura porté tant seulement, si l'on ne leur en donnoit, et encores elle payera sa part des

(1) « Du jour de mariage en face de Sainte Eglise. » Valois, art. 94. « Dès l'instant du jour de la bénédiction nuptiale. » Romorantin, art. 49 ; Vermandois, art. 17 ; Mantes, art. 118.

Dans le même sens, Tours, art. 230 ; Poitou, art. 229 ; Angoulême, art. 40 ; Saintonge, art. 62 ; Chalon, art. 19 ; Paris, art. 220 ; Etampes, art. 95. — En ce sens, arrêt du 7 septembre 1559 dans CHARONDAS, *Commentaire sur Coutume de Paris*, art. 220, p. 162. Voir aussi LOYSEL, *Inst.*, liv. I, titre II, n° 9.

(2) Nevers, chap. XXIII, art. 2 ; Berry, chap. VIII, art. 7.

(3) VALIN, sur La Rochelle ; LEBRUN, *Communauté*, liv. I, chap. IV, n° 27 ; FERRIÈRE, *C. et Comp.* sur 220 de Paris, glose, 4, n°s 13 et s.

(4) Anjou, art. 238 ; Maine, art. 255 et 508 ; Grand Perche, art. 102, 103 ; Bretagne, art. 421, 640 ; Chartres, art. 58 ; Dreux, art. 161, 162, 163.

(5) Chateaufneuf, art. 67 : « Si l'homme et femme conjoints par mariage ou l'un d'eux ont esté autrefois mariés, ils sont communs dès la première nuit de leur mariage. De même Dreux, art. 49 ; Chartres, art. 58.

coustages, des nopces et de la pourvéance du temps qu'elle a esté avec son mary (1). » Ce qui semble supposer que le mari n'avait pas la jouissance des biens de la femme, donc que durant l'an et jour les époux étaient séparés de biens et, non seulement, sous un régime d'exclusion de communauté (2).

Mais, durant ce délai, les époux ne pouvaient rien faire contre le régime de communauté. « Car ces Coutumes donnent cette année, non pas pour délibérer s'il y aura une communauté, mais parce que, quand l'un des conjoints décède dans l'an du mariage, il n'y a pas de matière de partager la communauté, ce qui n'empêche pas que, quand le mariage dure plus d'un an, les conjoints ne soient censés avoir été en communauté du jour du mariage (3). » Ce caractère rétroactif (4) de la communauté au jour du mariage faisait que les époux n'avaient jamais été que sous un seul régime, qu'il n'y avait pas d'erreur possible sur leur situation, dès que l'on savait la date de leur mariage.

L'immutabilité n'était donc pas atteinte par ce délai légal d'an et jour.

Et pour éviter que les époux n'y portent atteinte, il leur était interdit, comme dit Lebrun, de rien faire contre l'établissement de la communauté. En avait-il toujours été ainsi ? Le *Grand Coutumier de France* (5) au xiv^e siècle

(1) Bretagne, art. 446, de même Maine, art. 508.

(2) Comme le dit M. OLLIER, dans sa thèse sur la *Liberté des conventions matrimoniales en droit coutumier*.

(3) LEBRUN, *Communauté*, liv. I, chap. III, n° 13, p. 31 et n° 35, p. 37.

(4) Affirmé aussi par VALIN, sur art. 48 de La Rochelle. — Voir *Coutume d'Anjou*, art. 514 ; Maine, art. 508.

(5) Liv. II, tit. XI, édition Laboulaye, p. 371.

semblait réserver aux époux le droit d'empêcher la communauté de s'établir : « Nota que par usage et coustume, se deux conjoints ou deux affins, demeurent ensemble par an et jour sans faire division ou protestation, ils acquièrent l'ung. avec l'autre communauté, quant aux meubles et conquests (1). »

Si l'admission de ce texte laissait aux époux, durant un an, l'option entre un régime ou l'autre, il n'y avait quand même qu'un seul régime sous lequel ils aient été.

En tout cas, par la suite, pareille faculté leur fut otée, Brillon nous rapporte un arrêt en ce sens du 14 janvier 1709 (2) « Dans cette affaire le mari avait demandé en justice qu'il n'y eût point de communauté entre lui et sa femme, attendu le mauvais état des affaires de la femme et ensuite il avait fait un inventaire et les ban- nies. Il avouait qu'un mari ne pouvait se faire séparer de biens, mais il disait qu'il pouvait demander une non- communauté avant l'an et jour. Jugé au contraire, parce que, depuis le mariage, les époux ne pouvaient changer l'état de leur fortune par aucun consentement exprès ».

Mais un arrêt du 16 janvier 1702 jugea, dans le même cas, que la femme pouvait demander qu'il n'y eût pas communauté, car « celui qui peut demander que la communauté soit dissoute peut demander qu'elle ne com- mence pas » (3).

(1) Dans sa thèse M. OLLIER conclut de ce texte à l'existence de l'exclusion de communauté dès le xiv^e siècle. Nous pensons que le régime de l'an et jour était non pas l'exclusion de communauté, mais la séparation de biens.

(2) *Dictionnaire des arrêts*, V^o Communauté, p. 261.

(3) BRILLON, *Dictionnaire des arrêts*, V^o Communauté, p. 254, col. I.

B. — Condition conventionnelle.

« Les conjoints ayant la liberté de stipuler ou de ne pas
« stipuler de communauté... ils peuvent... la faire dépen-
« dre de l'événement d'une condition. La condition doit
« être purement casuelle, elle ne peut être ni potestative
« ni mixte, c'est un principe généralement reconnu que
« les conventions matrimoniales doivent être aussi fermes
« que l'union même. » C'est ainsi que Denisart (1) résume
notre question. Nous voyons avec lui que parmi les
conditions toutes n'étaient pas indistinctement prohibées.

Il était permis aux époux d'exclure la communauté,
avec réserve de la rappeler, sous une condition qui ne
dépendît pas de la volonté des conjoints « comme en cas
« qu'un procès réussisse pourvu que ce ne fût pas une cou-
« leur et un prétexte, et que le procès fût si important que le
« bon ou mauvais succès dût déterminer le conjoint à
« avoir ou ne pas avoir une communauté (2) ».

Ainsi que le dit Denisart, l'événement de la condition
ne dépendant en rien de la volonté des parties, la condi-
tion purement casuelle est la seule qui ne met aucun
obstacle à l'immutabilité des conventions matrimonia-
les. « Un marchand pouvait stipuler qu'il y aura com-
« munauté de biens entre lui et sa femme si tel vaisseau
« sur lequel il a chargé des marchandises pour l'Amé-
« rique est arrivé à destination au moment du con-
« trat (3). »

Il y avait une condition fréquemment stipulée, celle de
la survenance des enfants. Elle fut formellement visée par

(1) V° *Communauté de biens*, § I, n° 6, édit. 1783-1789, t. IV, p. 701.

(2) LEBRUN, *Communauté*, liv. I, ch. III, n° 10.

(3) DENISART, V° *Communauté*, § 1, n° 8, édit. 1783-1789, t. IV, p. 702.

Pothier (1) et Denisart lui reconnaissait un caractère mixte : « casuelle, en ce qu'il ne dépend pas de la volonté « des parties d'avoir des enfants, potestative, en ce qu'il « dépend de leur volonté de n'en pas avoir ».

Mais, comme Pothier, il admet la parfaite validité des clauses « s'il survient des enfants, s'il n'en survient pas » qui sont considérées comme casuelles.

Ces deux auteurs rapportent une discussion qui s'était produite sur cette condition. Ayant été convenu que les époux seraient communs, seulement s'il survenait des enfants, dans ce cas la survenance d'enfants, établissait « une communauté qui remontait au jour du mariage (2) ». Ce qui était l'effet normal de la condition et elle l'établissait, irrévocablement, sans que le prédécès des enfants pût influencer sur elle, ce qui a été jugé par un arrêt de la Grand'Chambre du 22 mai 1759 (3).

En dehors de ces conditions casuelles, toutes autres étaient interdites aux époux. On ne pouvait en effet leur laisser le droit d'exclure ou d'adopter la communauté à leur gré, en stipulant une condition potestative. Cela fut discuté toutefois.

Dumoulin (4) dit que l'on peut bien stipuler qu'il sera loisible à la femme d'accepter la communauté ou d'y renoncer dans un temps préfix, c'était là un cas de condition potestative au profit de la femme. Mais il se refuse à permettre pareille condition au mari. « La femme étant « exclue de la communauté, le mari ne peut pas se résér-

(1) *Communauté*, n° 278.

(2) DENISART, *loc. cit.*, n° 10.

(3) Cité par POTHIER, n° 278, et par DENISART, V° *Communauté*, n° 27, édit. de 1775, t. I, p. 420.

(4) Sur *Coutume de Paris*, art. 110, n° 4, *Opera*, t. I, p. 871.

« ver la faculté de la rappeler à la communauté », et, selon lui, c'était dès 1550 l'avis du barreau et de M^e Chartier en particulier.

Au xvii^e siècle, un arrêt du 27 juillet 1634 rendu en la Grand'Chambre, cassant une sentence de la chambre des requêtes du 7 septembre 1633, reconnaît force à pareille clause insérée dans un contrat de mariage. Et Brodeau, qui rapporte cet arrêt (1), justifie ainsi sa solution : « Le « rappel qui se ferait pendant le mariage ne pouvant pas « être pris pour une donation et un avantage indirect, « réprouvée entre conjoints, ni pour un acte dérogeant au « contrat de mariage, mais bien comme l'exécution d'ice- « lui et un retour au droit commun et ordinaire. »

Mais la solution de cet arrêt était universellement critiquée. « Cet arrêt peut avoir des circonstances particulières « qui y auraient donné lieu, autrement il ne pouvait être « considéré et ne pourrait servir de règle (2). »

« Si les époux se réservaient la faculté soit d'établir par « la suite la communauté qu'ils auraient excluse par leur « contrat, soit de déroger en tout ou en partie à celle qu'ils « auraient stipulée, une pareille réserve serait nulle (3). » Et la prohibition de se réserver la faculté d'admettre la femme à communauté durant cinq ans ou tout autre temps (4) était admise par tous les auteurs. Ferrière (5), Duplessis (6) et l'auteur du *Traité des contrats de mariage* (7) sont en ce sens.

(1) Sur LOUET, lettre M, som. IV, n^o 5.

(2) RENUSSON, *Communauté*, I^{re} partie, chap. IV, n^o 12, p. 48, qui cite cet arrêt par erreur comme étant du 25 juillet 1635.

(3) DENISART, V^o *Communauté de biens*, § I, n^o 6, édit. 1783-1789, t. IV, p. 701.

(4) LEBRUN, *Communauté*, liv. I, chap. III, n^o 9.

(5) *Corps et Comp.*, sous 220, *Coutume de Paris*, glose I, n^o 16.

(6) *Communauté*, liv. II, chap. I, sect. I, fol. 424 et 425 aux notes.

(7) P. 86.

La prohibition de pareille clause se comprend, car ici l'immutabilité était atteinte. « On ne peut objecter dans ce cas, disait Lebrun, que le rappel fait par le mari a un effet rétroactif, car au contraire ce rappel dépend d'une condition potestative, que ce soit la volonté du mari de la faire, ce qui ne souffre pas d'effet rétroactif » (1).

Le même auteur examine une hypothèse, qu'il reconnaît d'ailleurs devoir être rare : « si la clause du contrat « de mariage ne commençait pas, par une exclusion de « communauté et si elle portait simplement que le mari « pourroit appeler sa femme à la communauté dans les « cinq ans. » Même pour ce cas, Lebrun, se décide pour l'impossibilité de pareille clause.

SECTION II. — Modifications aux conséquences du régime.

Pour les pays de droit coutumier, les seuls que nous étudions, les modifications postérieures, aux conséquences du régime adopté, les plus fréquentes étaient soit des changements dans la composition des patrimoines respectifs des époux et de la communauté, soit des modifications aux clauses ayant réglé dans le contrat de mariage la liquidation des droits des époux à la dissolution du mariage. Nous étudierons surtout ces deux points, mais l'immutabilité s'étendait à toutes les conséquences du régime quel qu'il fût, car chacune de ces conséquences formait en réalité une convention matrimoniale.

Notons auparavant que l'immutabilité existait aussi pour les conséquences de tous les régimes. Brodeau nous dit : « Si, étant stipulé qu'il n'y aurait point de communauté

(1) *Loc. cit.*

« et néanmoins que tous les fruits et revenus des biens de
« la femme, appartiendraient au mari (ce qui est bien une
« stipulation caractéristique du régime d'exclusion de
« communauté), le mari ne peut consentir qu'il ne jouira
« que de partie de ces biens et que le surplus appartiendra
« à la femme dont elle pourra disposer, l'autorisant à cet
« effet » (1). On ne pouvait donc contrevenir à la conséquence normale du régime d'exclusion de communauté.

Mais comme le mari avait sous ce régime la disposition des biens de la femme, il pouvait arriver que son incapacité ou ses prodigalités mettent ces biens en péril, « la femme pouvait alors poursuivre la restitution de ses biens durant le mariage ». Pothier est formel en ce sens (2), mais cela doit se passer en justice, car c'est seulement « lorsqu'elle peut établir que les mauvaises affaires du mari mettent sa dot en péril ».

Mais le régime de communauté étant le normal pour ces pays, c'est à ses conséquences que l'immutabilité s'appliquait le plus fréquemment.

§ 1. — Composition des patrimoines.

Sous le régime de communauté, la composition des patrimoines propres des deux époux et du patrimoine commun étaient fixés *ne varietur* par le contrat de mariage.

Assurément les biens n'étaient pas immobilisés aux mains des époux, avec défense absolue de les aliéner ou d'en disposer, mais les époux ne pouvaient stipuler qu'un bien acquis dans des circonstances déterminées serait pro-

(1) BRODEAU SUR LOUET, lettre M, som. IV, n° 7, *in fine*.

(2) POTHIER, *Communauté*, n° 463, *in fine*.

pre, alors que d'après la loi ou le contrat, il devait être commun, ou inversement.

C'est une application de cette idée que nous cite Lhommeau : « Si par contrat de mariage il y a stipulation d'emploi des dits deniers dotaux de la femme en achat d'héritage, par le moyen de quoi les dits deniers sont de nature d'immeuble et le propre de la femme, telles conventions doivent être inviolablement gardées sans y pouvoir desroger, n'y les altérer, innover ou changer (1). » Ce sont des modifications à la nature des biens que visaient déjà les conclusions de Le Coigneux, adoptées par l'arrêt du 19 mai 1589, comme des inconvénients dont la gravité militait pour le principe de l'immutabilité : « On changerait les conventions matrimoniales, ce qui serait sujet à remploi on le divertirait, le propre conventionnel serait réduit en acquêt (2). » Basnage applique la même idée aux stipulations des contrats normands. « Quand par le contrat de mariage, on a réglé ce qui doit être en don mobil ou tenir nature de dot, on ne peut durant le mariage déroger à ces conventions (3) », et il cite un arrêt du 3 février 1656 qui a statué en ce sens.

La prohibition de changer, pour un bien, la nature qu'il devait avoir d'après le contrat de mariage, se manifestait soit avant, soit après la célébration du mariage ; nous étudierons successivement ces deux hypothèses.

Si les époux, après le contrat de mariage, passé et avant la célébration, acquéraient un immeuble ou vendaient un

(1) *Maximes*, liv. III, p. 321, notes.

(2) LOUET, lettre M, som. IV, n° 2.

(3) BASNAGE, sous *Coutume de Normandie*, art. 250, t. I, p. 436, 1^{re} colonne.

de leurs propres, cette opération donnait lieu à récompense.

« Dans cet intervalle, les futurs ne peuvent rien faire au « préjudice de la communauté stipulée. Ce n'est pas que « si l'un d'eux emploie à l'acquisition de quelque domaine, les deniers qui devaient naturellement entrer en « communauté, le bien soit conquêt puisqu'il n'y a pas « encore de communauté, mais à cause de la fraude et pour « empêcher que l'autre ne soit lésé, il est juste que ce bien « soit partagé comme conquêt ou que celui qui l'a acheté « soit tenu en le conservant de la récompense de mi-dénier (1). » La même solution était admise en doctrine par Auzanet (2) qui exceptait avec raison le cas où l'aliénation avait lieu en exécution des conventions du contrat de mariage, par Lebrun (3), Pothier (4) et fut sanctionnée en jurisprudence par un arrêt du 15 août 1677 (5). Bourjon, seul, n'admettait pas cette nécessité de la récompense. « En effet, disait-il, le mari a dû prévoir qu'il ne tomberait en communauté que le mobilier qu'elle aurait lors « de la célébration du mariage (6). » Aussi engageait-il le mari à parer à cet inconvénient par une mise fixe stipulée par le contrat, « laquelle s'observe inviolablement au Châtelet, nonobstant tous changements sur les biens arrivés pendant le temps intermédiaire entre le contrat et la célébration ».

Mais, c'était là une exigence inutile, d'après la plupart des

(1) VALIN, sur *Coutume de La Rochelle*, art. 48, nos 4 et 5, p. 687.

(2) *Mémoires*, p. 127.

(3) *Communauté*, liv. I, chap. IV, nos 8, 9,

(4) *Communauté*, n° 281.

(5) DENISART, *Communauté de biens*, § VIII, n° 41, t. IV, p. 716.

(6) BOURJON, tit. X, 2^e partie, chap. II, nos 5 et 7.

auteurs. Quel était, en effet, le motif de la nécessité d'une compensation pour la communauté ? D'après le texte de Pothier, c'était bien d'empêcher « l'un des conjoints de « changer de nature en fraude de l'autre conjoint, les « biens qu'il avait lors du contrat de mariage, qui étaient « de nature à entrer dans cette communauté... car les « parties lors du contrat de mariage, en ne s'expliquant « pas sur les choses qui composeraient leur communauté, « sont censées être tacitement convenues, qu'elle sera « composée des choses que chacune d'elles avait alors, « qui étaient de nature à y rentrer », c'est pourquoi les immeubles achetés en remplacement des meubles, doivent être communs comme biens « sur lesquels l'autre conjoint « avait droit de compter ».

Il est à remarquer que cette fraude que l'on voulait éviter à tout prix n'était pas autre chose que la violation des conventions matrimoniales. En effet, quel était le titre de l'autre conjoint que l'on voulait faire respecter, sinon son contrat de mariage qui, acceptant les clauses de la communauté légale, lui donnait selon les termes de Pothier « le droit de compter » voir entrer en communauté ces biens mobiliers transformés en immeuble.

La suite même du texte confirme cette idée, car Pothier envisage ensuite l'éventualité d'un bien immeuble donné à l'époux durant l'intervalle séparant le contrat de mariage et il déclare fort justement cet immeuble propre, car ici « il n'y a aucune fraude à l'autre conjoint qui n'a pas « dû compter sur cet héritage ». Pourquoi ? Parce que ces conventions matrimoniales ne lui donnaient aucun titre à voir cet héritage devenir bien de communauté (1), de

(1) La même opinion était admise par LEBRUN, *Communauté*, liv. I, ch. IV, nos 6 et 7.; RENUSSEAU, *Communauté*, part. I, ch. III, n° 2 ;

même que la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales n'empêchait pas les tiers, durant le mariage, de stipuler telle nature qu'il leur plaisait aux biens donnés par eux aux époux, qui alors, non plus « n'avaient pas dû compter sur ces biens » (1).

Envisageant l'hypothèse inverse de l'immeuble propre qui aurait été vendu et remplacé par des meubles qui devraient tomber en communauté, les auteurs déclaraient ce mobilier exclu de la communauté. Les uns basaient leur décision sur la crainte de l'avantage entre époux (2). « Il est bien permis à des futurs conjoints, de se faire avant le mariage, tous les avantages qu'ils jugent à propos de se faire, mais il ne leur est pas permis de s'en faire secrètement, dans le temps intermédiaire du contrat de mariage. L'affectation qu'ils ont eu de les dissimuler lors du contrat de mariage fait présumer qu'ils sont dictés par la passion, puisqu'ils ont honte de les faire (3). » Mais Bourjon qui, pour ce cas, admettait la récompense indépendamment de toute stipulation de mise fixe, disait plus simplement que « cette aliénation est une espèce de contre lettre au contrat de mariage, ou du moins un acte dérogeant à icelui (4) ».

Le mariage contracté, les époux ne pouvaient pas davantage, modifier la nature d'un bien, contrairement aux dispositions des conventions matrimoniales.

Un arrêt du mois de juillet 1600, rapporté par Peleus (5)

VALIN, *Comm. sur Cout. de La Rochelle*, art. 48, nos 4 et 5, p. 687 ;
DENISART, *Communauté de biens*, § VIII, n° 18, t. IV, p. 716.

(1) V. POTHIER, *Communauté*, n° 102.

(2) VALIN, *Comm. sur Coutume de La Rochelle*, art. 48, § 2, n° 4.

(3) POTHIER, *Communauté*, n° 281, *in fine*.

(4) BOURJON, *Droit commun*, tit. X, II^e partie, chap. II, n° 6.

(5) *Act. Forens.*, liv. III, art. 13, p. 147, B.

comme du 8, daté par Charondas du 13 (1) et par Brodeau du 15 (2), statuait sur l'hypothèse suivante rapportée abstraitement par Peleus. Le contrat de mariage de Titius et Berta, excluait la femme de la communauté afin qu'une notable somme d'argent retirée par le mari de la vente de meubles, n'entre en communauté. Par son testament il rendit ce bien nature de meuble. L'arrêt sus-indiqué cassa la modification.

La même prohibition de modifier la nature du bien se trouve appliquée par un autre arrêt du 31 juillet 1617 (3).
 « Un commissaire des guerres se marie, en stipulant pro-
 « pre son office, en 1599. En 1611, après la naissance
 « d'une fille, il lègue à sa femme tous ses meubles acquêts
 « et conquêts immeubles. Ce testament est confirmé en
 « 1617 par un codicille. La veuve réclame l'exécution de
 « son legs et la valeur de l'office, vendu avant 1617. L'hé-
 « ritière du mari répond que, si la femme avait la déli-
 « vrance de tous les meubles et conquêts immeubles de
 « son mari, qui ne possédait autre chose que son office de
 « commissaire des guerres, qu'il avait stipulé propre et
 « depuis vendu et converti en deniers, il s'ensuivrait qu'on
 « pourrait détruire un contrat de mariage, publiquement
 « et solennellement fait, par un testament, ce que personne
 « n'oserait soutenir, que ce serait autoriser une fraude
 « manifeste et convertir en meubles ce qui avait été sti-
 « pulé propre par contrat de mariage. La Cour garde
 « l'héritier du mari en possession des trois quarts des
 « deniers venus de l'office de commissaire des guerres et

(1) *Réponses*, liv. V, rép. 62.

(2) Sous LOUET, lettre M, som. IV, n° 7.

(3) Rapporté en entier par BARDET, *Arrêts*, t. I, liv. I, ch. VI, et cité par BRODEAU sur LOUET, let. M, som. IV, n° 7.

« adjuge l'autre quart à la femme » qui n'avait pas d'autres ressources.

Enfin une autre manifestation intéressante du respect des proportions des patrimoines communs et propres établies par le contrat de mariage se rencontre dans toutes les récompenses largement admises dans le droit coutumier et développées avec un souci méticuleux d'éviter tout enrichissement de l'un des patrimoines aux dépens des autres (1).

§ 2. — Liquidation des droits des époux.

Telle, les époux l'avaient réglée par leur contrat de mariage, telle, cette liquidation devait avoir lieu. Les époux ne pouvaient y contrevenir, par la suite ; nous verrons des applications de cette idée aux clauses de partage inégal de forfait de communauté, de communauté au survivant.

Quant au partage inégal stipulé par le contrat, rien ne pouvait y contrevenir ensuite « : Si par contrat de mariage « est convenu que la femme survivant le mary, n'aura que « le tiers ou le quart des biens de la communauté, telles « conventions doivent être inviolablement gardées (2). »

Un arrêt du 7 janvier 1584 de la V^e Chambre des enquêtes, rendu entre des Manceaux, sur appel d'une sentence du sénéchal du Maine du mois de décembre 1580, annule la convention passée entre deux époux, par laquelle ils revnaient au partage égal, après avoir stipulé que la femme prendrait une moindre part (3).

(1) Sur ces récompenses et leur développement, voir LEFEBVRE, *Droit des gens mariés*, p. 375 et suiv.

(2) LHOMMEAU, *Maximes*, liv. III, notes p. 230.

(3) CHOPPIN, *Commentaire sur Coutume du Maine*, t. I, liv. III, tit. *Communauté*, n° 22, p. 289 ; POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Commentaire sur Coutume du Maine*, VII^e partie, art. 239, col. 644.

Robert rapporte deux autres arrêts semblables du 9 septembre 1593 et du 16 janvier 1592. Dans cette dernière espèce, le contrat stipulait seulement le quart de la communauté pour la femme survivante. « Seize ans après, Titius « voulut augmenter la part de la femme pour recognois- « sance et en récompense des bons devoirs et de la vertu de « la femme et pour lui gratifier de ce qu'elle avait été si di- « ligente à conserver les biens de communauté..., par acte « solennellement passé il déclara qu'il entendait que la « femme entrât en la communauté pour la moitié, adve- « nant la dissolution du mariage. La Cour ordonna que le « contrat de mariage soit entièrement gardé (1). »

De même, si les époux avaient stipulé la totalité de la communauté au survivant, les arrêts cassaient les conventions modificatives postérieures.

Un arrêt du 26 janvier 1605 annule la convention par laquelle des époux qui s'étaient mariés en stipulant « que « le survivant des deux conjoints sans enfants, aurait « tous les meubles, acquêts et conquêts en propriété, res- « treignirent le droit du survivant à la propriété d'une « moitié et l'usufruit de l'autre. Pour maintenir la contre- « lettre, on avait dit qu'elle réduisait seulement les parties « au don mutuel qui est l'avantage permis par la loi (2) ». Pareil arrêt, du 26 août 1638, casse une autre lettre de 1630, passée entre époux mariés en 1622 par un contrat contenant la même clause (3).

Enfin il arrivait fréquemment que le contrat de mariage

(1) ROBERT, *Arrêts et choses jugées*, liv. I, ch. I, p. 517 et suiv.

(2) LOUET, *let. M*, som. IV, n° 1.

(3) BARDET, t. II, liv. VII, chap. XLI, p. 323.

bornât les droits de la femme à un simple forfait. La jurisprudence cassait toutes modifications postérieures. C'est l'espèce de l'arrêt *Le Coigneux* du 19 mai 1589 (1). Le contrat de mariage fixait à 2.000 livres la part de la femme « ayant par leur collaboration fort enrichi la communauté et n'ayant pas d'enfants, ils passèrent entre eux une convention durant le mariage dans laquelle ils stipulaient le partage égal de la communauté ». Malgré la réunion solennelle des parents qui avaient consenti cette modification, elle fut annulée (2).

Il arriva que, le mari voyant la communauté pauvre, et se trouvant lourdement grevé par un forfait fixé inconsidérément par le contrat de mariage, prétendit que cette clause taxative n'était qu'une alternative qui le laissait libre d'admettre, s'il le préférait, les héritiers de la femme au partage égal. Mais cette interprétation fut formellement repoussée par deux arrêts des 15 avril 1608 et 19 février 1646 (3) qui reconnurent le droit immuable des héritiers de la femme au forfait stipulé.

Parfois le contrat de mariage réservait expressément au mari ce droit d'exclure les héritiers, en leur versant une somme fixe. Ce choix devait s'exercer lors de la dissolution du mariage, et on ne pouvait l'entraver par un acte fait durant le mariage.

Une sentence de janvier 1701 (4) annula un acte par lequel « André Lebeau avoit consenti que, nonobstant la

(1) Voir cet arrêt avec moyens et motifs dans CHENU, *Questions de droit*, centurie I^e, quest. 63, et rappelé par LOUET, *let. M*, som. IV.

(2) Cet arrêt est rapporté par erreur comme du 19 mai 1549 par BACQUET, *Droits de justice*, chap. XXI, n^o 73, p. 159.

(3) BRODEAU SOUS LOUET, *let. M*, som. IV, n^o 4.

(4) *Journal des audiences*, t. V, liv. I, chap. XXIV, p. 107.

« clause de son contrat de mariage (qui lui réservait le
 « droit d'exclure les héritiers de la femme, par un forfait
 « de 2.600 livres), les héritiers collatéraux de la femme
 « fussent admis au partage de la communauté », disant
 « que cet acte ne pouvait être exécuté, d'autant que c'était
 « une véritable contre-lettre d'un contrat fait quinze
 « années auparavant et après le mariage ».

La même faculté d'écarter les héritiers du conjoint pouvait être stipulée pour la femme survivante, et était alors pareillement immuable. Cela fut jugé par arrêt du 6 avril 1683 (1). Dans cette espèce, « la femme survivante pouvoit,
 « d'après le contrat, admettre les héritiers du mari à communauté ou leur donner la somme de 2.500 livres francement et quittement. Le mari fit si bien durant le
 « mariage qu'il gagna des biens considérables et laissa
 « une communauté de plus de 100.000 livres. En mourant
 « il légua à deux de ses neveux 2.500 livres et deux maisons à Paris. Il y eut contestation sur la délivrance du
 « legs. La veuve et, depuis, ses héritiers s'y opposoient et
 « offroient de donner aux légataires de Bonnet leur part
 « des 2.500 livres suivant la clause du contrat de mariage.
 « Les légataires du mari furent déboutés et il fut jugé que le
 « mari n'avoit pu disposer par testament, au préjudice de
 « la clause du contrat de mariage », et ses dispositions furent réduites à la somme de 2.500 livres afin de laisser intact le droit de la femme qui pouvait garder toute la communauté en versant pareille somme.

(1) *Journal des audiences*, t. III, liv. IX, ch. XII, p. 684.

SECTION III. — Modifications aux donations contenues
dans le contrat de mariage.

Les donations faites en contrat de mariage, soit par l'un des époux à l'autre, soit par un tiers aux époux ou à l'un d'eux, étaient irrévocables et participaient à l'immutabilité. De pareilles donations se présentent en effet avec tous les caractères qui distinguent les conventions matrimoniales proprement dites des autres conventions étrangères au statut matrimonial, qui peuvent se rencontrer, accidentellement, dans un contrat de mariage, et qui ne bénéficient pas de l'immutabilité. Les donations qui nous occupent, font bien partie des conditions du mariage, elles ont pu, parfois, le déterminer, en tous cas elles ont pour but de subvenir aux charges du futur ménage et de constituer une fortune pour les enfants à naître du futur mariage. Ces motifs étaient clairement exposés par Leprestre, rapportant un arrêt du 4 mai 1673, qui annulait une modification au don mutuel fait par les époux dans leur contrat de mariage (1). « Un contrat de mariage doit être
« une loi immuable et permanente dans une famille parce
« qu'il ne concerne pas seulement les personnes contrac-
« tantes, mais encore leur postérité. Or sur ce point il est
« certain que la dérogation aux clauses qui y sont portées
« renverse cette sage prévoyance, soit qu'elles soient faites
« en faveur des conjoints ou des tiers. »

L'immutabilité de pareilles donations est textuellement visée par Pothier qui déclare : « Un second caractère qui
« est propre aux conventions matrimoniales et aux dona-

(1) Arrêts, centurie I, ch. XCVIII, Nouvelles remarques.

« tions portées par le contrat de mariage, est, qu'aussitôt qu'elles ont été confirmées par la célébration du mariage, il n'est plus permis aux parties d'y déroger en rien, même par leur consentement mutuel (1). »

Parmi ces donations qui pouvaient être faites aux époux nous verrons quelques applications du principe aux donations faites par l'un des époux à l'autre, puis à celles faites par un tiers.

§ 1. — Donations des époux l'un à l'autre.

Les deux libéralités prévues le plus souvent par le contrat de mariage étaient une libéralité mutuelle entre les époux et le douaire prévu par le mari pour sa femme restée veuve.

A. — Libéralités mutuelles.

Le don mutuel, exception à la règle de la prohibition des donations entre époux, se présentait dans la plupart des Coutumes avec les caractères que lui donnait l'article 280 de la Coutume de Paris d'être une donation réciproque et égale, irrévocable parce que donation entre vifs, permise aux époux, sur leur part de communauté et destinée au survivant (2).

Cette libéralité pouvait être stipulée par le contrat de mariage, et alors elle participait à l'immutabilité. « Observez, écrit Pothier (3), par rapport à l'irrévocabilité du don mutuel qui se fait durant le mariage et celui qui

(1) *Introduction à communauté*, n° 18.

(2) Voir POTHIER, *Traité des donations entre mari et femme*, II^e partie, nos 118 à 155.

(3) *Ibid.*, n° 136.

« est fait par le contrat de mariage. Celui-ci ne peut pas
 « se révoquer, même par le consentement des deux par-
 « ties, pour une raison qui lui est particulière qui est *que*
 « *le don mutuel, lorsqu'il est fait par le contrat de mariage,*
 « *fait partie des conventions de mariage.* Or, c'est le carac-
 « tère de ces conventions, qu'il ne soit plus au pouvoir
 « des conjoints d'y déroger, ni d'y faire aucun change-
 « ment même par un consentement commun. Au contraire,
 « le don mutuel..., que les conjoints se font pendant leur
 « mariage peut.... se révoquer par le commun consente-
 « ment des parties. » L'article 284 de la Coutume de Paris
 visait ce dernier point.

Le caractère si clairement exprimé par Pothier avait été énoncé par Jovet dès le xvii^e siècle.

« Pendant le mariage les mariez ne se peuvent, d'un
 « commun consentement, départir d'un avantage porté
 « par leur contrat de mariage, bien que le dit avantage fut
 « réciproque et mutuel, nonobstant qu'au contrat de ma-
 « riage n'y eussent aucun parent des conjoints établis,
 « mais les deux conjoints qui s'estoient respectivement dé-
 « partis, par le second contract, de l'avantage réciproque
 « porté par ledict contract de mariage (1). »

Nous avons déjà rencontré le cas le plus fréquent de ces sortes de libéralités mutuelles dans la stipulation de la communauté au survivant des époux. Et nous avons cité alors un arrêt en ce sens du 26 janvier 1605 rapporté par presque tous les arrêtiistes (2), lequel arrêt, vu son impor-

(1) JOVET, *Bibliothèque des arrêts*, V^o *Contre lettre*.

(2) Qui ne s'accordent pas sur sa date. LEPRESTRE, cent. I, ch. XCVIII, n^o 17, p. 314) le donne comme du 26 janvier 1603. La vraie date est donnée par JOVET, *Bibliothèque*, V^o *Contre-lettre*, n^o 3 ; LOUET, let. M, som. IV, n^o 1 et dans les *Arrêts de la V^e Chambre* (après LEPRESTRE), p. 44.

tance, fut prononcé en robes rouges, le 5 avril 1605 (1).

Des autres arrêts de la même année donnèrent, paraît-il, la même solution, si l'on en croit Leprestre qui cite un arrêt du 19 mai 1605 (2), et le *Recueil d'arrêts de la V^e Chambre* qui en cite un autre du 16 août 1605 (3).

Les époux pouvaient-ils renoncer dans l'intérêt des tiers aux libéralités portées par leur contrat de mariage ?

Un arrêt du 16 janvier 1634, confirmant une sentence d'Amiens, l'admet en validant une donation faite par une femme autorisée du mari, de plusieurs de ses biens propres, bien que, par le contrat de mariage, elle ait donné au mari tous ses meubles et acquêts, la moitié de ses propres en propriété et l'autre moitié en usufruit. L'arrêt avait validé la renonciation du mari aux donations faites par la femme, renonciation tacite, que comportait son autorisation, en adoptant le motif suivant invoqué par le tiers donataire. « Avec le consentement de l'autre époux, « pareille disposition n'était pas une dérogation au mariage, mais bien son exécution, car celui qui fait la donation ne donne que du consentement de l'autre. » C'était là une mauvaise raison, l'immutabilité s'opposant à toute modification même consentie par les deux conjoints.

Aussi, un autre arrêt, du 4 mai 1675, n'admet pas les dérogations au contrat de mariage, au profit d'un tiers. Les époux s'étaient fait, par leur contrat de mariage,

(1) Cet arrêt est rapporté sous cette forme, *in extenso* dans CHENU, *Questions de droit*, cent. II, quest. 60 et dans MONTHOLON, *Arrêts*, n. 103, p. 230 (LOUET l'indique faussement comme portant le n° 45 des *Arrêts* de MONTHOLON).

(2) LEPRESTRE, cent. I, ch. XCVIII, n° 17 à 21.

(3) Edité après LEPRESTRE, p. 41.

donation mutuelle de tous biens s'ils n'avaient pas d'enfant. La femme ayant donné, autorisée de son mari, durant le mariage la moitié de ses biens, déchargés de tous dons et hypothèques, les héritiers du mari, qui lui avait survécu, réclamèrent toute la communauté et l'obtinrent (1).

Et Ferrière qui rapporte ces deux arrêts, en citant en dernier rang celui de 1634, ajoute « que nonobstant le « dernier, il faut se tenir à la règle que les conjoints par « mariage ne peuvent en aucune façon déroger aux clau- « ses portées par leur contrat de mariage après la célébra- « tion du mariage par une convention faite au profit l'un « de l'autre ou d'un tiers (2) ».

B. — Douaire.

Le douaire, ainsi que nous l'avons vu dans l'étude des époques antérieures, pouvait être conventionnel ou, sinon, il était réglé par la coutume, dont les dispositions formaient un contrat tacite entre les époux.

En tous cas il était immuable. « La convention sur le « douaire doit être portée par le contrat de mariage, toute « convention sur iceluy, depuis la célébration serait « nulle (3). »

« Quant aux conventions essentielles du contrat de « mariage comme du dot et douaire, l'on n'y peut déroger « par aucune paction (4). »

Et Valin confirme la même idée. « Ce n'est que par le

(1) Voir ces deux arrêts, LEPRESTRE, *Arrêts*, centurie 1^{re}, chap. XCVIII, nouv. remarques.

(2) FERRIÈRE, *C. et Comp.*, sur art. 258, *Coutume de Paris*, n° 29.

(3) BOURJON, *Droit commun*, tit. XIII, chap. V, sect. I, p. 270.

(4) CHENU, *Questions de droit*, centurie II, quest. 60, p. 263.

« contrat de mariage que le mari peut accorder le douaire
 « ou l'oclage à la femme ; s'il le consentait par un acte
 « séparé, avant ou après le contrat, ce serait une contre-
 « lettre qui ne pourrait valoir, en tous cas, que comme
 « une donation simple faite durant le mariage. Le désavan-
 « tage d'un douaire, ainsi constitué hors le contrat de
 « mariage, est qu'il n'emporte aucune hypothèque, qu'il
 « ne peut avoir lieu lorsqu'il y a des enfants vivants, et
 « que le mari peut le révoquer à son gré. » Mais on peut
 remarquer qu'alors ce n'était plus un douaire véritable ;
 cette donation en perdait les caractères, et n'était plus
 qu'une donation entre époux permise par les Coutumes de
 l'Ouest (1),

Cette immutabilité agissait, d'abord, en ce que « le
 « douaire étant fixé à l'instant de la bénédiction nuptiale,
 « ne pouvait être augmenté ni diminué, pendant le ma-
 « riage, par le fait du mari, de sorte que sa veuve ne pou-
 « vait ni profiter des augmentations, ni souffrir des déte-
 « riorations qu'il avait pu faire (2) ». Si le mari avait fait
 des aliénations de biens grevés du douaire, la femme de-
 vait, en ce cas, être récompensée sur les biens qui restaient,
 et s'il n'en restait pas suffisamment, elle pouvait préten-
 dre son droit d'usufruit, contre les tiers acquéreurs qui
 n'auraient pas pu opposer la prescription pour le temps
 qu'ils auraient possédé pendant le mariage, parce que la
 puissance maritale empêchait alors la femme d'agir.

Enfin la même immutabilité s'opposait à ce que la
 femme renonçât à son douaire durant le mariage. Le con-
 sentement qu'elle avait donné à la vente d'un des biens

(1) Angoumois, art. 52, Saint-Jean d'Angély, tit. VIII, art. 43.

(2) PRÉVOT DE LA JANÈS, *Principes de jurisprudence*, II^e partie, tit. VII,
 t. II, p. 147.

chargés du douaire ne pouvait la priver de son droit.
« Elle conserve son hypothèque pour être indemnisée sur
« les autres biens, et telle est la jurisprudence, en effet,
« elle n'est en cela que caution, et son mari lui doit in-
« demnité de son cautionnement(1). » « C'est une maxime,
« dit Duplessis, qu'elle ne peut renoncer à son douaire
« pendant le mariage, quoique ce ne fût que pour s'en ex-
« clure elle seule, parce que cela emporterait un avantage
« indirect prohibé entre époux. »

Le Vest rapporte un arrêt non daté (mais de 1551 probablement) par lequel « la vendition d'une terre faite par
« le mary avec renonciation de la femme à son douaire
« préfix est cassée et à ladite femme sont adjugés les arré-
« rages tant de son dict douaire que de ses deniers dotaux
« depuis le décès de son mary » (2).

C'est ainsi qu'un arrêt du 10 décembre 1613, adjuge à dame Marie Dodrancourt la somme de 60.000 livres, 4.000 livres de douaire et autres avantages stipulés par son contrat de mariage, bien que par une transaction sur un procès, toutes les dites conventions et avantages eussent été réduits à 1.500 livres de rente (3).

Notons l'intérêt de cet arrêt qui annule la renonciation faite non seulement à son douaire, mais aux autres donations même simples, faites par le mari. Il est caractéristique du système d'immutabilité de toutes les donations entre les futurs conjoints portées par le contrat de mariage.

(1) BOURJON, *Droit commun*, tit. XIII; chap. XIV, sect. I, p. 782.

(2) LE VEST, arrêt 53.

(3) BRODEAU sur LOUET, let. M, som. IV, n° 6.

§ 2. — Donations faites aux époux par un tiers.

Déjà, dans l'ancien droit, il était peu de contrats de mariage où des tiers (parents et amis) n'intervenaient, pour faire aux époux quelques libéralités soit de biens présents par donations immédiates, soit de biens à venir, par l'insertion de clauses successorales.

ARTICLE 1^{er}. — *Donations de biens présents.*

De telles donations étaient immuables, non seulement en ce qu'elles étaient irrévocables à l'égard des donateurs, si ceux-ci n'avaient pas pris le soin de se réserver expressément cette faculté de révocation (1), mais encore en ce que les époux ne pouvaient pas renoncer aux donations, portées par leur contrat de mariage, au préjudice des droits de l'autre époux. Charondas appliquait cette idée : « J'ai aussi répondu que les déclarations faites par un fils « durant son mariage, qu'il ne prétendait rien, aux héritages à lui donnés par son père, pour parvenir audit « mariage, ne pouvaient rien diminuer du douaire et « droits acquis à la femme par ses conventions matrimoniales. »

Nous n'avons pas trouvé d'applications jurisprudentielles très nettes de cette idée, à des renonciations faites par les époux durant leur mariage ; les arrêts parlent de contre-lettres, sans indiquer leur date. Ce fait, que l'on trouve beaucoup de renonciations, consenties avant le mariage, aux donations faites par les tiers, s'explique aisément, comme le remarque Valin. « Les contre-lettres les

(1) Qui leur était en ce cas exceptionnellement permise (Ordonnance de février 1731, art. 18) ; ISAMBERT, t. XXI, p. 348.

« plus usitées ne sont pas celles qui se passent entre conjoints, ce sont celles qu'on exige du mari soit avant, soit après le contrat. Un jeune homme, pour obtenir le consentement de ses parents, leur fait accroire que ceux de la jeune fille qu'il recherche en mariage lui donnent une dot de 10,000 livres, par exemple, tandis que réellement la dot n'est que de 4.000 livres. Dans le contrat la dot de 10.000 livres est établie, mais le beau-père futur se fait donner une contre-lettre des 6.000 livres qu'il n'entend pas payer. Ou bien le jeune homme, pour se faire agréer par les parents de sa future, leur persuade que son père lui fait une telle dot, tandis qu'il est venu secrètement avec son père que la dot ne sera que de la moitié (1). »

Mais il faut se rappeler que les modifications, qui ont été annulées entre le contrat de mariage et la célébration, à cause de l'absence des parents, sont les mêmes qui, faites durant le mariage, seraient radicalement nulles, en vertu de la règle de l'immutabilité (2).

Nous pouvons donc voir brièvement les cas où les premières furent annulées, pour juger des applications du principe de l'immutabilité aux secondes.

Le mari, tout d'abord, ne pouvait pas renoncer aux biens qui étaient donnés par les parents de la femme. De nombreux arrêts ont cassé les contre-lettres par lesquelles le mari renonçait en tout ou en partie aux biens que le père de la femme lui promettait, et cette nullité fut souvent prononcée à la requête du mari lui-même. Par arrêt du 16 juin 1565, il fut ainsi jugé pour le gendre demandeur contre le beau-père qui fut condamné à payer les 2.000 écus

(1) VALIN, *Comm. sur C. de la Rochelle*, art. 48, § 1, n° 14, t. II, p. 691.

(2) V. LE COURTOIS et SURVILLE, t. I, n° 124.

promis par le contrat bien que par contre-lettre le mari renonçait à 1.000 écus (1). Arrêts semblables les 2 janvier 1579 et 7 septembre 1584 contre des contre-lettres portant renonciation du mari à moitié de sa dot (2). « Autre arrêt du 22 mars 1584 entre deux seigneurs dont le fils avait promis de ne demander pour dot de la future épouse que 20.000 livres combien que le contrat de mariage portât 30.000 (3) ». Charondas cite un arrêt dans le même sens du 27 février 1595 (4). Enfin, à la fin du XVIII^e siècle, un arrêt du 29 mars 1786 casse, sur la requête du gendre, la contre-lettre par laquelle il acceptait de recevoir seulement 2.000 livres de suite et 300 livres par an durant dix ans au lieu de 10.000 livres promises par le contrat de mariage (5).

Le mari ne pouvait pas davantage renoncer aux donations qui lui étaient faites, dans le contrat de mariage, par ses propres parents. Un arrêt du 15 février 1574 annule la contre-lettre, portant remise faite par le mari à son père, de certain héritage qu'il lui avait baillé en faveur et par contrat de mariage (6). Fontanon, dans ses notes sur Masuer, en rapporte un autre du 21 novembre 1575 (7). Charondas en rapporte un autre du 11 février 1576 « par lequel la promesse faite par le fils à sa mère « hors le contrat de mariage et en secret de luy remettre « les biens donnés ou lui payer certaine somme a été dé-

(1) CHARONDAS LE CARON, *Réponses*, liv. VIII, rép. 33.

(2) Voir ces deux arrêts dans ROBERT, *Arrêts et choses jugées*, liv. I, ch. II.

(3) BACQUET, *Droit de justice*, ch. XXI, n° 364, p. 269.

(4) *Réponses*, liv. VII, rép. 33.

(5) *Gazette des Tribunaux*, année 1786, t. XXI, p. 450.

(6) BRODEAU SUR LOUET, let. C, som. XXVIII, n° 3.

(7) *Practique de MASUER*, td. XIV, *Des dots et mariages*, p. 204.

« clarée nulle (1) », et le même auteur consulté sur la validité : 1° de pareille renonciation faite par le fils du bailli de Sens, aux héritages donnés par son père, et 2° de la promesse d'une grande somme de deniers pour la résignation de l'office de bailli consentie par son père dans le contrat, répondit « avec d'autres grands jurisconsultes de la Cour, « que telles conventions, promesses et contre-lettres entre « le père et le fils, en fraude du futur ou ja contracté « mariage, sont nulles, frauduleuses et de nul effet (2) ». Un arrêt du 18 avril 1601 (3) déclare nulle, la renonciation faite par le mari aux donations de 400 livres de rente et du quart de la terre de Couffé, faite par son frère au contrat.

Comme la nullité de ces renonciations était assurée, on préférait user de détours. « Les parents de la fille ne se « fient guère à une contre-lettre, ils ont soin de se faire « donner une quittance par le futur mari..... Quoique les « père et mère du mary n'ayent pas autant à se défier de « lui il arrive aussi quelquefois qu'ils exigent plutôt une « quittance qu'une simple contre-lettre, ce qui l'expose à « rapporter à leur succession ce qu'il n'a pas reçu, à moins « que, par quelque acte, ils ne reconnaissent la vérité du « fait, ou qu'ils ne le déchargent du rapport (4) ».

Mais ce détour, s'il était prouvé, encourrait la même nullité. Un arrêt du 23 avril 1665 (5) juge que, si un gendre, qui a fait quittance pareille, justifie, plusieurs années

(1) CHARONDAS LE CARON, *Commentaire sur Coutume de Paris*, art. 238, p. 186.

(2) CHARONDAS LE CARON, *Réponses*, liv. II, rép. 34, p. 40.

(3) PELEUS, *Actions forenses*, liv. III, art. 51.

(4) VALIN, *Commentaire sur Coutume de La Rochelle*, art. 48, § 1, n° 24, t. II, p. 691.

(5) *Journal des audiences*, t. II, liv. IV, ch. XIV, p. 374.

après, qu'il avait reçu moins que la dot qui lui avait été promise, il pouvait demander le surplus.

Un autre moyen employé pour dissimuler la contre-lettre était, pour le tiers, d'obtenir du mari la promesse d'une somme qui compensait ainsi le montant de la donation. Mais cette promesse était annulée, si on en démontrait le but ; un arrêt du 16 juin 1636 (1) résout ainsi la question. Houdry avait donné à son frère, par « contrat de « mariage, un office d'avocat du Roy au Grenier à sel d'E-
« rule et l'avait déclaré franc et quitte de toutes dettes, mais
« comme ce n'était que pour lui faire plaisir et non pour
« lui faire une donation, il lui fit passer une promesse de
« la somme de 3.000 livres, causée pour argent prêté ». Lors du décès d'Houdry, sa veuve réclama le paiement des 3.000 livres. Le frère ayant réussi à prouver par écrit que c'était une contre-lettre, sa promesse fut annulée par cet arrêt.

Toutes les renonciations vues jusqu'ici portaient sur la propriété même. Mais il semble que les renonciations au simple usufruit d'un bien pour le temps du mariage aient été possibles ; tout au moins cela a été controversé. C'est qu'en effet, d'après les règles de la communauté, le mari était maître absolu de disposer des fruits et des revenus. Par conséquent, s'il renonçait aux fruits d'un bien donné par le contrat de mariage, il n'y avait pas plus grave préjudice que s'il avait dépensé inutilement une somme équivalente.

Aussi certains auteurs et quelques arrêts validaient-ils de telles renonciations pour la durée du mariage. « Par un

(1) *Journal des audiences*, t. II, liv. III, chap. XXXI, et FERRIÈRE, *C. et Comp.*, sur *Coutume de Paris*, art. 258, n° 21.

arrêt du 13 juillet 1581 ou 1583 (1), une contre-lettre fut annulée par laquelle un gendre accordait à son beau-père que, malgré les clauses portées par son contrat de mariage, il pourrait vendre une terre qu'il lui avait baillée en dot et confirmée en ce que le gendre avait accordé que son beau-père en jouirait sa vie durant. « La raison de « l'arrêt est parce que le mary est maître de la communauté, il peut en disposer » (2).

Brodeau, qui rapporte le même arrêt, interprète ainsi la première disposition : « La femme, après la mort du mari, « peut agir pour son intérêt et demander la récompense à « ses cohéritiers, la contre-lettre qui est nulle à son « égard ne pouvant lui préjudicier, quand même elle y « aurait parlé (3). »

Mais cet arrêt n'était pas sans critiques. Basnage dit qu'ici la renonciation du mari n'était pas libre (4), et Ferrière déclare que les renonciations à la jouissance tant des héritages promis par le père du mari que de ceux promis par le père de la femme ne sont pas valables, et il ajoute « au cas qu'en vertu de telle contre-lettre le père « ait joui de l'héritage, la femme venant à sa succession « en doit être récompensée du profit que sa communauté « aurait pu en faire, c'est une dette de la succession de « son père qui doit être rapportée à la communauté « de son mary en laquelle elle doit avoir la moitié et les « héritiers de son mary l'autre, mais en qualité d'héri-

(1) Il est daté de 1581 par TRONÇON, BRODEAU sur LOUET (dans l'édition de 1627) et BOUCHEL, *loc. cit.*, et de 1583 par FERRIÈRE (*C. et Comp.* sur art. 238, n° 8) ; BASNAGE (sur art. 388 de Normandie, t. II, p. 77), et par BRODEAU (édit. de 1678 et 1742).

(2) BOUCHEL, V° *Contre-lettres*, t. I, p. 682.

(3) BRODEAU sur LOUET, *com.* XXVIII, n° 6.

(4) Sur *Coutume de Normandie*, art. 388, p. 78, 1^{re} col.

« tière de son père, elle doit payer sa part et portion « de cette dette (1) ». Cette seconde opinion fut admise en jurisprudence par un arrêt du 31 mai 1633, qui jugea que le testament d'un fils, tenant quittes ses père et mère des intérêts qu'ils lui pouvaient devoir d'une somme de 4.500 livres, promise par eux dans le contrat de mariage de leur fils et prohibait qu'il lui en soit demandé leur vie durant, est nul, comme un témoignage d'une tacite contre-lettre qu'il y avait eu entre les père et mère et leur fils « qu'il ne leur demanderait rien de son vivant de la somme par eux promise » et que cette disposition allait en effet à renverser toutes les clauses du contrat de mariage par lesquelles le droit était acquis à la femme et aux enfants qui en étaient issus. Et l'arrêt condamna à payer la somme avec intérêts et iceux continués jusqu'à l'actuel paiement (2).

ARTICLE II. — *Clauses successorales.*

Ces sortes de clauses ont toujours été fréquentes dans l'ancien droit. Les contrats de mariage sont ceux « où les conventions se règlent, et bien souvent les successions », disait Brodeau (3). Les plus fréquentes de ces clauses successorales étaient une démission de biens, une institution contractuelle ou une promesse d'égalité.

A. — *Démission de biens.*

C'était un acte par lequel une personne, en anticipant le temps de sa succession, se dépouillait de son vivant de

(1) *C. et Comp.* sur *Coutume de Paris*, art. 258, n° 28.

(2) *Journal des audiences*, t. I, chap. CXXXVIII, p. 173.

(3) Sous LOUET, let. M, som. IV, n° 3.

l'universalité de ses biens et en saisissait d'avance ses héritiers présomptifs.

En temps ordinaire « le démettant conservait toujours « jusqu'à sa mort le pouvoir de révoquer sa démission « toutes et quantes fois qu'il jugera à propos. Telle est, nous « dit Pothier (1), la jurisprudence du Parlement de Paris « attestée par tous les auteurs, Lebrun, Boullenois, etc. »

Mais insérées au contrat de mariage, ces décisions devenaient irrévocables. « La démission, en ce cas, n'est pas « révocable, pour la part qu'y a celui, en faveur du mariage duquel la démission a été faite, car vis-à-vis de lui « et pour sa part cette démission n'est pas une simple « démission, mais une condition de son contrat de mariage (2). »

Mais cette irrévocabilité était limitée à la part de l'enfant qui se mariait. « Si un père dans le contrat de mariage de son fils, nous dit Valin (3), fait une démission « de biens en faveur de tous ses enfants, elle est bien irrévocable par rapport à ce fils marié, mais il en est autrement, à l'égard des autres enfants, car la faveur des contrats de mariage n'est qu'au profit ou contre ceux qui contractent le mariage. » Ce dernier caractère de l'irrévocabilité était aussi affirmé par Lebrun (4) et Pothier (5).

B. — Institution contractuelle.

Laurière la définit ainsi « un don irrévocable de succession ou d'une partie de succession, fait par contrat de

(1) *Coutume d'Orléans*, Introd. au titre des *Successions*, appendice, § 1, n. 10.

(2) POTHIER, *loc. cit.*, n° 11.

(3) *Commentaire sur Coutume de la Rochelle*, art. 42, t. II, p. 339.

(4) *Traité des successions*, liv. IV, ch. I, n° 14.

(5) *Loc. cit.*, n° 11.

« mariage, au profit de l'un des deux époux ou des enfants qu'ils doivent avoir ensemble » (1).

C'était un cas tout à fait exceptionnel admis à cause de la faveur des contrats de mariage où étaient aussi permises les donations de biens présents et à venir (2). Et Serres ajoute qu'on « peut non seulement instituer un « héritier dans un contrat de mariage, mais on peut se « contenter aussi de promettre d'instituer celui qui se marie, et cette institution contractuelle ou cette promesse « d'instituer sont irrévocables et valent comme des donations entre vifs (3) ».

Ces institutions d'héritiers qui faites par testament restaient irrévocables, perdaient ce caractère lorsqu'elles étaient contenues au contrat de mariage. « Les donations « à cause de mort contenues dans un contrat de mariage « deviennent irrévocables, à cause de l'acte dans lequel « elles sont consignées (4). »

Pothier répétera le même caractère. « L'effet de l'institution contractuelle en tant qu'elle est clause d'un contrat de mariage, est que l'instituant n'y peut donner aucune atteinte (5). » Pothier tout aussitôt fixe l'étendue de cette irrévocabilité. « Mais il n'est pas censé y donner atteinte en aliénant et engageant sans fraude ses biens par « contrat entre vifs depuis ladite institution, » et Serres « nous détaille les actes qui restaient possibles. « L'instituant reste libre de contracter de bonne foi, de faire des

(1) *Traité des institutions contractuelles*, chap. I, n° 21.

(2) Ordonnance de Février 1731, art. 17 ; ISAMBERT, t. XXI, p. 348.

(3) SERRES, *Institutes*, liv. II, tit. XIV, p. 180.

(4) DENIZART, *V° Donations par contrat de mariage*, § 2, n° 1, édit. 1783-1789, t. VII, p. 83.

(5) POTHIER, *Commentaire sur la Coutume d'Orléans*, introd. au titre des *Successions*, § II, appendice, § 2, n° 26.

« libéralités modérées à ses autres enfants, pourvu qu'il
« n'excède guère leur légitime, d'exercer quelques petites
« libéralités durant sa vie ou de faire quelques petits legs,
« sans qu'il puisse, pourtant, ni instituer un autre héritier,
« ni absorber ou aliéner ses biens ou les hypothéquer en
« fraude de sa promesse (1). » La raison de la validité de
ces aliénations sans fraude est donnée par la Coutume
de Bourbonnais (art. 220). « Institution d'héritiers et pacte
de succéder faits en contracts de mariage, s'entend seu-
lement ès biens qui se trouveront delaissez par le décès
dudit disposant. » Et la même coutume en donne de
suite la conséquence : « Et n'empesche ladite institution ou
convenance de succéder que ledit instituant ne puisse
aliéner les biens par contracts entre-vifs. »

Le Vest rapporte un arrêt du 5 avril 1546 dans une es-
pèce assez complexe, qu'il synthétise par la rubrique sui-
vante : « Que le contract de mariage fait inviolable et
« qu'on est restitué des renonciations faites au préjudice
d'icelui (2). » Au contrat de mariage passé le 27 avril 1501,
entre Jean de la Mothe et Gabrielle de Couderc, il avait
été stipulé que « le premier enfant masle yssu du mariage
« seroit héritier et en défaut de masle, la première fille
« seroit héritière universelle de la maison et des biens de
« la Mothe et de Couderc conjoints », à charge de dots
respectables aux autres enfants. Aucun mâle n'étant né,
c'était la fille aînée qui était héritière universelle, or sa
mère, « pour frustrer sa fille aînée, demanderesse, de la
« succession qui desja lui appartenoit et estoit acquise
« comme fille aisnée » la fit renoncer lors de son mariage
« le 19 juin 1522, à tout droit de succession ès biens de sa

(1) SERRES, *loc. cit.*

(2) LE VEST, *Arrêt*, n° 33, p. 166.

« dite mère ». La fille aînée fut restituée contre sa renonciation et la succession dévolue selon les règles du contrat de mariage.

C. — Promesse d'égalité.

C'est la clause par laquelle un père en mariant un de ses enfants lui promet dans son contrat de mariage de ne pas avantager ses frères et sœurs à son préjudice. Elle équivaut à une institution contractuelle au profit de l'enfant pour sa part dans la quotité disponible (1). Aussi participait-elle, dès l'ancien droit, à l'irrévocabilité de l'institution contractuelle.

Un arrêt du 4 juin 1625 annula le testament dans lequel une mère contrevenait à la promesse d'égalité qu'elle avait faite dans le contrat de mariage de sa fille (2). Un autre arrêt du 15 mars 1782 (3) a statué dans le même sens dans l'hypothèse suivante. « Dans les contrats de mariage de « leurs quatre enfants, les époux Geoffroy avaient promis « l'égalité entre leurs enfants, sauf pour une terre de Bom-
« bom, réservée pour la donner à l'aîné avec substitution « aux enfants mâles à en naître. » Geoffroy meurt en 1770 sans avoir disposé de cette terre. Etant conquêt de communauté, moitié en était à la mère, moitié aux enfants ; ceux-ci pour convenances, lui abandonnent leur moitié pour 451.336 livres. En 1779 la mère meurt après un testament olographe dans lequel elle laisse la terre de Bom-bom à son second fils, à la charge par lui de verser à ses

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN, *Des donations entre vifs et des testaments*, n° 3943.

(2) BARDET, t. I, liv. II, ch. XLV, p. 142, et *Journal des audiences*, t. I, liv. I, ch. LVIII, p. 34.

(3) *Gaz. Trib.*, année 1783, t. XV (voir Bibliographie).

frères certaines sommes qui, cependant, ne rétablissaient pas l'égalité. Les enfants demandèrent la nullité du testament et l'obtinrent en disant « que les parents avaient « promis dans les contrats de mariage de leurs enfants de « leur conserver l'égalité la plus parfaite et s'étaient inter- « dit la faculté de disposer de la terre de Bombom en faveur « d'aucun autre que de leur fils aîné ... ; qu'il suivait de « cet engagement formel et irrévocable pris dans le contrat « de mariage que les père et mère n'ayant pas disposé de « ladite terre dans ces termes, cette terre était tombée dans « la loi de l'égalité promise à tous les enfants ».

Ainsi, les donations portées par contrat de mariage, soit faites entre époux, soit accordées par un tiers, étaient bien soumises, comme nous le disions, à la règle de l'immutabilité.

CHAPITRE III

RAPPORTS DE L'IMMUTABILITÉ AVEC DES RÈGLES VOISINES.

Nous avons vu jusqu'à présent les applications directes de la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Mais notre principe se trouvait en relations avec d'autres règles dont l'application pouvait modifier ces conventions. Il nous faut voir brièvement les modifications qu'auraient pu apporter les contrats entre époux, d'une part, le changement de domicile des époux au cours du mariage, de l'autre.

SECTION I. — Les contrats entre époux.

Les contrats concevables entre deux époux sont de deux sortes : chacun des deux époux peut y trouver son profit, ou bien un seul peut s'enrichir aux dépens de l'autre. Voyons d'abord ce dernier cas.

§ 1. — Contrats à titre gratuit.

L'ancien droit prohibait généralement toutes les libéralités entre époux. Nous avons déjà vu cette règle s'établir avec des caractères différents du droit romain, d'où elle venait cependant, et cela à cause de l'ancienne règle donner et retenir ne vaut.

Il est à remarquer que la règle de l'immutabilité et la prohibition des donations entre époux se soutenaient

mutuellement, tendant à peu près au même but, à tel point que la confusion a pu s'établir entre elles. Nulle part cette confusion n'est mieux exprimée que dans Toullier, « Tout ce qu'on retranchait, changeait ou ajoutait depuis « la célébration du mariage, soit aux clauses du contrat « écrit, soit à celles du contrat tacite, c'est-à-dire aux dis- « positions de la Coutume, sur la communauté légale, con- « tenait nécessairement un avantage pour l'un ou l'autre « des conjoints, puisque ces changements, additions ou « retranchements changeaient aussi, ajoutaient ou retran- « chaient quelque chose aux droits de l'un des deux époux « et par conséquent les contrats de mariage postérieurs à « la célébration ainsi que les changements faits au contrat « antérieur étaient nuls, comme contenant un avantage « prohibé au moins indirect (1). »

Mais nous avons vu jusqu'à présent la grande uniformité du principe de l'immutabilité. Nous avons souvent cité Valin, qui commentant la Coutume de La Rochelle (laquelle admettait par son article 43 (2) les donations entre époux, sous certaines conditions) adoptait des conclusions semblables à celles des commentateurs de la Coutume de Paris sur la règle de l'immutabilité.

Au contraire, la règle de la prohibition des donations entre époux présentait une très grande diversité.

(1) *Droit civil selon l'ordre*, t. XII, n° 34.

(2) Chap. XIV, art. 43 : « Homme et femme conjoints par mariage ensemble, ayans héritage paternel, maternel ou collatéral, peuvent donner l'un à l'autre, tous et chacuns leurs biens meubles, et acquests immeubles quelconques, avec la tierce partie de leurs héritages à vie et à mort, ou le tout desdits héritages à vie, avec lesdits meubles et acquests à vie et à mort. Et celui ou celle qui prend lesdits meubles, est tenu payer toutes les debtes personnelles, pourveu toutefois que l'homme ou la femme n'ayent aucuns enfans nez et procréés en loyal mariage ; car en ce cas, telles donations simples ou mutuelles sont libres.

Pothier distingue quatre classes de Coutumes. La première qui est de beaucoup la plus nombreuse, comprend les Coutumes qui défendent toute libéralité, directe ou indirecte, entre vifs ou testamentaire, sauf toutefois pour la plupart de ces Coutumes, l'exception relative au don mutuel. Nous trouvons dans cette première classe les Coutumes de Paris (1), d'Orléans (2), d'Auxerre, de Blois et même la Coutume de Bourgogne qui toutefois permet aux époux de se soustraire à la prohibition par une clause expresse du contrat de mariage (3).

La seconde classe comprend les Coutumes qui, interdisant les donations entre-vifs, permettent avec plus ou moins d'étendue les libéralités testamentaires. Ici nous citons les Coutumes de Chartres, de Chateauneuf, de Péronne, de Mantes, de Ponthieu, de Reims, d'Amiens. D'après Guy Coquille, nous pouvons y compter également les Coutumes qui, comme celles de Nivernais et de Bourbonnais, défendent les donations entre-vifs sans s'expliquer sur les legs.

La troisième classe comprend les Coutumes, comme celles de Touraine et de Poitou, qui, à l'exemple du droit romain, permettent, non seulement les legs, mais encore les donations essentiellement révocables par le changement de volonté du donateur ou par le prédécès du donataire.

(1) Homme et femme conjoints par mariage, constant icelui, ne se peuvent avantager l'un l'autre par donations entre-vifs, par testament ou ordonnance de dernière volonté, ne autrement, directement ne indirectement, sinon par don mutuel, comme dessus. *Coutume de Paris*, art. 282.

(2) Homme et femme conjoints par mariage ne peuvent, par dispositions entre-vifs, ne testamentaire, durant leur mariage, donner aucune chose l'un à l'autre directement ou indirectement, et ne se confirme par mort. *Coutume d'Orléans*, art. 288.

(3) *Coutume de Bourgogne*, chap. IV, art. 7.

Les Coutumes de la 4^e classe, comme celles d'Angoumois, de Montfort, de Noyon, de Saint-Jean-d'Angely, vont même jusqu'à permettre, sous plus ou moins de conditions, des donations entre vifs immédiatement irrévocables.

Enfin, sans rentrer exactement dans aucune de ces quatre classes, la Coutume d'Auvergne établit une distinction d'une tout autre nature ; les donations entre-vifs sont permises au mari à l'égard de sa femme, elles sont interdites à la femme à l'égard de son mari (1).

Nous avons déjà dit que la prohibition du droit coutumier était beaucoup plus rigoureuse que celle du droit romain.

Pour nous en assurer, nous n'avons qu'à parcourir le commentaire de Pothier sur l'article 282 de la Coutume de Paris.

Par exemple, en droit coutumier, l'époux donataire devra tous les fruits des héritages qui lui ont été livrés, même sans distinction entre les fruits naturels et les fruits industriels, quoique Pomponius, plus sévère cependant sur ce point que tous les autres jurisconsultes, lui abandonnât au moins les fruits industriels (2). De même si l'un des époux a donné à l'autre une somme d'argent pour la reconstruction d'un bâtiment détruit par cas fortuit, la donation, valable en droit romain (3), est nulle en droit coutumier (4). Enfin, pour toutes les donations de sommes d'argent, l'époux donataire, quelque usage qu'il ait

(1) *Coutume d'Auvergne*, ch. XIV, art. 28.

(2) POTHIER, *Donations entre mari et femme*, n° 59 ; Dig., XXII, I, 1. 45, fr. Pomp.

(3) Dig., XXIV, I, l. 14, fr. Paul.

(4) POTHIER, *Donations entre mari et femme*, n° 43.

fait de la valeur reçue, est toujours condamné à la rendre intégralement, lors même qu'il ne s'en est point enrichi (1).

L'interdiction est si absolue, que le legs fait dans un testament antérieur devient nul de plein droit par le mariage du testateur avec la légataire (2).

En outre, le droit coutumier prend deux précautions importantes pour empêcher que la règle ne soit éludée : il interdit les contrats à titre onéreux entre les époux et il établit des présomptions d'interposition de personnes. Ces mesures sont nécessaires ; plus la prohibition est sévère, plus elle paraît répugner à cette mutuelle bienveillance qui doit être l'âme de l'union conjugale et plus aussi, les époux chercheront les moyens d'y échapper.

Laissons, pour le moment, les contrats à titre onéreux entre époux que nous reverrons.

Les époux ne pouvant se faire, par personnes interposées, les libéralités qu'ils ne peuvent se faire directement, certaines Coutumes ont jugé à propos, pour atteindre plus sûrement la fraude, d'établir des présomptions d'interposition. C'est ce qu'a fait la Coutume de Bourbonnais (3) pour les libéralités intervenues entre l'un des époux et toute personne dont l'autre époux est héritier présomptif. La Coutume d'Auvergne, qui d'ailleurs permet les donations faites par le mari à la femme, en a de même décidé pour ce qui touche aux donations à faire par la femme (4). Dans les autres Coutumes, on doit seulement réputer per-

(1) POTHIER, *Donations entre mari et femme*, n° 70 ; Dig., XXIV, 1, l. 5, § 18 ; l. 7, pr. fr. Ulp.

(2) POTHIER, *Donations entre mari et femme*, n° 45.

(3) *Coutume de Bourbonnais*, art. 226.

(4) *Coutume d'Auvergne*, ch. XIV, art. 28

sonnes interposées les père et mère du conjoint, ainsi que les enfants qu'il aurait eus d'un précédent mariage. Encore ces solutions ne sont-elles pas données sans controverse ; et l'article 283 de la Coutume de Paris, pour admettre la présomption d'interposition, en cas de donations faites aux enfants, que le conjoint a eus d'un précédent lit, exige de plus que l'époux donateur ait lui-même des enfants, soit de son présent mariage, soit d'un mariage précédent (1).

Mais parmi les Coutumes qui prohibaient les donations entre époux, durant le mariage, la plupart admettaient une exception : le don mutuel au profit du survivant.

A peine pourrions-nous citer en sens contraire les Coutumes de Chartres, de Nantes, de Poitiers (2), et de Chauny (3). « Les Coutumes, dit Argou, n'ont pas voulu
« défendre cet avantage, parce qu'il est égal et réciproque
« de part et d'autre, qu'il dépend d'un événement incertain
« et que les héritiers collatéraux du prédécédé n'ont pas
« sujet de se plaindre que leur parent ait laissé au survi-
« vant la jouissance d'un bien qui ait été acquis en com-
« mun, et où tous les deux conjoints avaient contribué,
« l'un par son travail et son industrie, et l'autre par son
« économie (4). »

Il est aisé de voir, d'après ces motifs, que les époux ne peuvent se faire un don mutuel qu'à la condition de ne pas avoir d'enfants, et que cette donation ne doit comprendre que l'usufruit des conquêts. Telle est, en effet, la règle généralement suivie. Toutefois, si les Coutumes se

(1) POTHIER, *Don. entre mari et femme*, nos 110-117.

(2) POTHIER, *Don. entre mari et femme*, nos 118-119.

(3) ARGOU, *Institul. au droit français*, liv. III, ch. XXII, t. II, p. 232.

(4) ARGOU, *op. cit.*, liv. III, ch. XXII, t. II, p. 224.

rencontrent en principe sur la question de la validité et de l'irrévocabilité du don mutuel, elles n'en présentent pas moins une grande divergence, lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions de ce don et les biens qui peuvent en être l'objet.

Par exemple, la plupart des Coutumes, comme celles de Paris (1) et d'Orléans (2), exigent que les époux n'aient pas d'enfants communs, et de plus qu'aucun d'eux n'ait d'enfants d'un précédent mariage ; d'autres, au contraire, comme la Coutume de Bretagne (3), admettent le don mutuel même en présence, soit d'enfants communs, soit d'enfants d'un précédent lit.

De même aussi la plupart des Coutumes à l'exemple encore de celles de Paris et d'Orléans, veulent que l'objet du don mutuel ne soit qu'un simple droit d'usufruit, et cet usufruit est ordinairement restreint aux biens de communauté. Suivant d'autres, il peut porter aussi sur des propres. Parmi les Coutumes qui laissent aux époux une certaine liberté à cet égard, nous pouvons citer les Coutumes de Grand-Perche, de Berry, de Blois, de Loudunois, de Montargis et Vitry (4).

(1) *Coutume de Paris*, art. 280. Voir le texte, *infra*, p. 250, note 4.

(2) Homme et femme conjoints par mariage non ayans enfans de quelque mariage que ce soit, peuvent faire don mutuel entre eux de tous leurs biens meubles et conquêts immeubles faits durant leur mariage, pour en jouir par le survivant, sa vie durant seulement, en faisant inventaire et prisée de biens meubles et conquêts immeubles, après le trépas de l'un des dits conjoints, et baillant par ledit survivant bonne et suffisante caution de rendre après son trépas aux héritiers du décédé l'estimation de la moitié desdits biens meubles, ou de telle autre part et portion qui restera de la dite moitié (*Coutume d'Orléans*, art. 282).

(3) *Coutume de Bretagne*, art. 210, 211 et 213.

(4) ARGOU, *op. cit.*, liv. III, ch. XXII, t. II, p. 227 et 228 ; POTHIER, *Donations entre mari et femme*, n. 124-122.

Mais, en général, la première condition exigée pour la validité du don mutuel est une parfaite réciprocité et l'égalité complète des chances de gain.

Si l'un des époux donne plus que l'autre, le don mutuel n'est pas seulement réduit jusqu'à concurrence de la plus faible des deux donations : il est nul pour le tout (1). « Il y a quelques Coutumes, dit Argou, qui demandent une si grande égalité dans le don mutuel, qu'elles veulent que les deux conjoints soient d'un âge égal, ou du moins que l'un n'ait que dix ans plus que l'autre (2). » C'est ce qui a lieu, par exemple, pour les Coutumes de Nivernais (3) et d'Auxerre (4).

Mais ici, ne devons-nous donc pas nous demander si le don mutuel est encore une véritable libéralité ? Avec cette égalité de chances, avec cette parfaite réciprocité d'avantages, ne pourrait-on pas le faire rentrer plutôt dans la classe des contrats aléatoires que dans celle des actes à titre gratuit ? La question, en effet, est discutée ; mais Pothier, en se fondant sur les motifs qui inspirent les contractants, n'hésite pas à affirmer que l'acte doit être regardé comme une donation ? D'ailleurs toutes les Coutumes traitent du don mutuel en même temps qu'elles prohibent la donation entre époux, et elles le présentent toujours comme une exception à leur règle. De plus, quelques-unes d'entre elles, comme celle de Paris (art. 284), exigent expressément l'insinuation et une déclaration du roi, du 5 décembre 1622, y a du reste assujetti, sous toutes les Coutumes,

(1) RICARD, *Don. mut.*, n° 217 ; POTHIER, *Donations entre mari et femme*, n° 467.

(2) ARGOU, *op. cit.*, liv. III, ch. XXII, t. II, p. 228.

(3) *Coutume de Nivernais*, ch. XXIII, art. 27.

(4) POTHIER, *Donations entre mari et femme*, n° 424.

toutes donations mutuelles entre mari et femme (1). Or, l'insinuation serait-elle nécessaire, s'il s'agissait d'autre chose que d'une donation ?

D'après la Coutume de Paris, les époux peuvent aussi se faire une sorte de don mutuel dans le contrat de mariage de leurs enfants. Ce don mutuel résulte de la simple convention que l'enfant laissera le survivant de ses père et mère, jouir de toute la communauté à la seule charge de ne pas se remarier. Dans les Coutumes qui n'ont pas de disposition analogue, les époux arrivent à peu près au même résultat en convenant que, si l'enfant provoque le partage de la communauté avant le décès du dernier survivant des époux donateurs, sa dot devra être imputée tout entière sur les biens de l'époux prédécédé.

§ 2. — Contrats à titre onéreux.

Le soin méticuleux mis par les Coutumes à éviter tout avantage entre époux amena la prohibition des contrats à titre onéreux entre eux à cause du moyen de fraude indirecte par des avantages dissimulés. « Gens mariés ne se
« peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quel-
« que chose que ce soit, ni faire contrats ou confusions
« par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre en tout
« ou en partie directement ou indirectement (2). »

La Coutume de Nivernais (chap. XXIII, art. 27) n'était pas moins formelle : « Gens mariés, constant leur mariage, ne peuvent contracter au profit l'un de l'autre ».

La Coutume de Bourbonnais (chap. X, art. 226) était

(1) POTHIER, *Donations entre mari et femme*, n° 171 ; *Donations entre-vifs*, n° 90.

(2) *Coutume de Normandie*, art. 410.

dans le même sens : « Le mari ne peut, durant le mariage, faire aucune association, donation ou autre contrat avec sa femme. »

Ferrière, commentant la Coutume de Paris, en son article 258, et parlant ensuite de la prohibition de rien changer aux clauses du contrat de mariage, ajoute, après avoir cité les deux cas de don manuel vus ci-dessus : « Hors ces cas, il n'est pas permis aux conjoints par mariage de contracter entre eux, bien que ce ne soit point contre les clauses de leur contrat de mariage, à plus forte raison ils ne peuvent rien faire qui y soit contraire (1). »

Et Pothier nous dit : « Notre droit français a été beaucoup plus attentif à prévenir tous les avantages indirects que des conjoints par mariage pourraient se faire par les différentes espèces de contrats qui interviendraient entre eux pendant leur mariage par lequel ils transporteraient l'un à l'autre quelque chose de leurs biens. Quelques Coutumes s'en sont expliquées... Cela a pareillement lieu dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées (2). »

C'est aussi l'opinion de Toullier qui nous dit que : « Sous l'ancienne législation les Coutumes avaient tellement étendu et l'on avait interprété avec tant de rigueur les prohibitions faites aux époux de se donner l'un à l'autre, pendant le mariage, que la seule crainte qu'on n'éludât cette prohibition en couvrant quelque avantage indirect sous le voile d'un autre contrat, avait fait défendre entre les conjoints toute espèce de convention ou de contrat, d'où l'un d'eux pût tirer quelque profit.

(1) *C. et Comp.*, sur Paris, art. 258, n° 6.

(2) POTHIER, *Traité des donations entre mari et femme*, n° 78.

« Ainsi toute vente, tout échange, toute association entre conjoints, en un mot tout traité, étaient nuls (1). »

Mais dès le xvi^e siècle des exceptions étaient admises à cette prohibition. Certains auteurs se souvenaient de la libre faculté de contracter que laissait le droit romain. D'Argentré, dans son *Commentaire de la Coutume de Bretagne*, en expliquant que la prohibition des contrats entre époux, a pour but d'empêcher les biens de passer d'une famille à l'autre, prend soin de n'interdire entre époux que les aliénations volontaires (2).

Dès l'époque de d'Argentré, rien n'empêchait un des époux de se porter adjudicataire d'un immeuble appartenant à son conjoint, en cas d'expropriation forcée.

Dumoulin, commentant l'article 156 de l'ancienne Coutume de Paris, après avoir posé en principe, l'incapacité pour les époux de contracter entre eux durant le mariage, permet pourtant les contrats à titre onéreux nécessaires, comme le partage. Alors tout soupçon de donation est écarté.

Certaines Coutumes apportaient des dérogations plus graves au principe de l'incapacité contractuelle entre époux.

La Coutume de Normandie (art. 411) elle-même déclarait : « Toutefois le mary, ayant aliéné l'héritage de la femme, lui peut transporter du sien pour récompense, pourvu que ce soit sans fraude ou déguisement et que la valeur des héritages soit pareille et qu'il apparaisse de l'aliénation du mary par contrat authentique. »

(1) TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. XII, n° 41, p. 61.

(2) Sur l'article 221 de la *Coutume de Bretagne*, glose I, col. 754. « *In voluntaria alienatione non est ferendum alteri ab altero adimi rerum patrimonialium et avitarum potestatem.* »

Et Basnage dit, en parlant de cette Coutume : « La Coutume avait parlé trop généralement en l'article précédent (art. 410 cité plus haut) lorsqu'elle avait défendu aux gens mariés de faire aucuns contrats entre eux, par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre, car l'on pouvait induire de cette disposition générale qu'un mari n'aurait pu bailler de ses biens à sa femme pour le remploi de ses héritages qu'il aurait aliénés, mais elle n'avait intention que de défendre les contrats qui seraient faits en fraude et pour se faire avantage l'un à l'autre, et c'est pourquoi dans cet article 411 elle apporte cette exception, que si le mari a aliéné l'héritage de sa femme, il peut lui transférer du sien pour récompense, pourvu que ce soit sans fraude et sans déguisement (1). »

De même la Coutume de Ponthieu (art. 47) déclare : « Deux conjoints se peuvent obliger l'un pour l'autre pourvu que la femme le fasse par l'autorité du mari. »

L'idée de conservation de biens dans la famille qui avait fortement contribué à l'établissement de la prohibition, paraît clairement dans la Coutume de Bourgogne (ch. II, art. 71), qui, dès 1459, permettait les contrats entre époux s'ils étaient autorisés de leurs héritiers présomptifs. « Le mari et la femme ne peuvent faire traicté, donation, concession ou autres contrats constant leur mariage, par testament n'ordonnance de dernière volonté, autrement au profit l'un de l'autre, si ce n'est du consentement des plus prochains parens vivants qui devroient succéder au mari ou à la femme, qui feroient lesdits traictés, donations ou contracts ; supposé que lesdits contracts ayant été vallés par serment, s'autrement par traicté de mariage, il n'étoit entre eux convenu. »

(1) BASNAGE, *Comment. sur Coutume de Normandie*, art. 411, t. II, p. 178.

Mais dans les derniers siècles du droit coutumier, l'ancienne prohibition perd de sa vigueur ; l'idée coutumière de la conservation de biens dans la famille, perd sa puissance, et la capacité contractuelle des époux grandit.

Dès le commencement du ^{xvii}^e siècle, Lebrun invoque les solutions romaines pour permettre des contrats entre époux. « Comme il est certain qu'en droit romain, une « femme pouvait contracter avec son mari, aussi il y a des « cas où cela est permis dans notre droit. Rien n'empêche « qu'un mari et une femme séparés ne contractent l'un « avec l'autre, pourvu qu'ils ne se donnent ni directement « ni indirectement. » Mais cette liberté de contracter entre époux ne devait pas porter atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales, et c'est bien ce que semble rappeler Lebrun lui-même, pour une société contractée par les deux époux avec un tiers. « Si l'on s'est marié avec « communauté, on ne peut plus altérer le droit de communauté des conjoints par une nouvelle société avec un « tiers, dont les clauses soient désavantageuses à l'un d'eux, « mais les conjoints pourront faire une société égale pour « les deux » (1).

SECTION II. — **Changement de domicile au cours du mariage.**

On sait combien, dans notre ancien droit, les Coutumes différaient entre elles, au point de vue du droit matrimonial. D'abord, tandis que les pays de Coutume adoptaient la communauté, ceux de droit écrit ne pratiquaient que le régime dotal, ensuite même dans les pays de Coutume,

(1) **LEBRUN**, *Communauté*, liv. I, chap. III, n° 35.

la Normandie formait une région bien distincte des autres quant au statut matrimonial.

Une question se posait donc. Lorsque des époux mariés dans une de ces régions, s'en allaient demeurer dans une autre, leur régime matrimonial subissait-il de ce chef une modification ?

C'est une application de la question de la personnalité ou de la réalité des Coutumes, quant aux conventions matrimoniales, c'est-à-dire de savoir si le statut matrimonial des époux est tellement inhérent à leurs personnes qu'il est indépendant de leurs domiciles successifs, dont les coutumes seront inopérantes. Nous ne voulons pas traiter cette question mais voir seulement, encore en cette matière, l'influence de la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Celle-ci agissait en rendant le contrat de mariage indépendant de tous les changements de domicile des époux, Si cette solution n'avait pas été admise, en effet, il aurait été loisible au mari de modifier les conventions matrimoniales, selon les circonstances, par des déplacements, parfois légers, lorsque le ménage demeurait sur les confins d'une Coutume. C'aurait été une entorse certaine à la règle de l'immutabilité, d'autant plus grave, que le mari était seul juge du lieu où devait être le domicile conjugal et que la femme n'aurait eu aucun recours contre un déplacement fait pour frauder ses droits.

Aussi depuis longtemps, doctrine et jurisprudence s'accordaient pour rendre les conventions matrimoniales expresses ou tacites, immuables.

Disons de suite que la Normandie se séparait nettement des autres régions coutumières sur ce point.

§ 1^{er}. — Doctrine et jurisprudences générales.

La doctrine coutumière est tout entière en ce sens, et l'on peut voir les motifs de son opinion. Dumoulin pense que quand les époux ont passé leur contrat de mariage, ils ont conclu par cela même une sorte de pacte tacite en vertu duquel ils s'engageaient toujours à garder ce régime (1).

Auzanet nous dit : « La translation de domicile faite par le mari durant le mariage ne change point les droits acquis à l'un ou à l'autre des conjoints par le domicile qu'ils avaient lors de la bénédiction nuptiale. Car autrement il serait au pouvoir du mari de changer par son fait l'état des conventions matrimoniales » (2). Bacquet exprime la même idée (3) répétée encore par Bourjon (4).

Valin, pour les Coutumes de l'Ouest, adopte aussi ce principe. « L'état des conjoints est tellement réglé au moment de leur mariage, qu'il ne peut plus varier par aucun changement de domicile. Aussi n'y ayant pas de communauté entre eux, s'ils viennent s'établir ensuite en pays de communauté, ce changement de domicile ne donnera pas lieu à communauté. *Vice versa*, n'ayant contracté

(1) *Opera*, t. III, p. 556, col. 2.

(2) *Commentaires sur Coutume de Paris*, p. 146.

(3) BACQUET, *Droits de justice*, ch. XXI, n° 68, p. 159 : « La translation de domicile ne peut immuier, changer ni rompre les conventions matrimoniales expresses ou tacites ni dissoudre le droit de communauté acquis à gens mariés, dès lors de leur mariage. »

(4) BOURJON, *Droit comm.* titre X, 1^{re} partie, ch. 1^{re}, sect. I, Dist. I. « Autrement il dépendroit du mary par une translation de domicile de s'approprier la masse d'une communauté dans laquelle il ne doit avoir que moitié, ce qui serait intolérable, ou d'avantager sa femme pendant le mariage, ce qui ne l'est pas moins. »

communauté, ils vont demeurer dans un pays qui l'exclut, ce changement ne détruira pas la communauté. En un mot, le changement de leurs domiciles ne pourra augmenter ni diminuer leurs droits, nonobstant tout consentement de la part des conjoints » (1).

Et Lamoignon, en un de ses *Arrêtés*, fixe la reprise matrimoniale, « le tout sans avoir égard à la translation du domicile fait depuis la bénédiction nuptiale ou le contrat de mariage » (2).

La même idée est encore répétée en doctrine par Renusson (3), Prévot de la Janès (4), Le Camus (5), Boulleinois (6), Charondas (7). Et Valin rappelle un acte de notoriété conforme du Châtelet en date du 4 avril 1703 (8). Comme on peut le voir, presque tous appuient leur solution sur l'idée de respecter les conventions matrimoniales.

La jurisprudence du Parlement de Paris est fixée dans le même sens. Un arrêt du 23 mai 1572, juge : « qu'un « mary ayant contracté mariage en la coutume d'Auvergne, et depuis la consommation du mariage s'estant allé

(1) VALIN, *Commentaire sur La Rochelle*, art. 48, § 4, n° 76, p. 693.

(2) *Arrêtés*, titre XXXII, n° 2.

(3) *Communauté*, 1^{re} partie, chap. IV, n° 59. « Il ne serait pas juste que le mari put faire préjudice à la femme en transférant son domicile. »

(4) *Principes de jurisprudence*, t. II, p. 320. « Le contrat devient après la célébration, une loi entre les deux familles qui règle impérieusement toutes les suites du mariage et s'étend dans toute sa durée... quelque changement de domicile, que puissent faire les époux. »

(5) Observations sur Ferrière, *C. et Comp.*, titre de la *Communauté*, n° 43, t. III, p. 23-24.

(6) *Questions qui naissent de la contrariété des coutumes*, quest. 5, p. 12.

(7) *Réponses*, liv. V, rép. 3.

(8) *Comment. sur La Rochelle*, loc. cit.

« tenir au pays de Montpensier, la communauté se devait « régler par la Coustume d'Auvergne, qui est en effect dire « que la Coustume du domicile qui estoit lors du contract « ne se peut changer, au préjudice du droit acquis par le « contract de mariage » (1). Et Brodeau, sur cet arrêt, en cite un autre de l'an 1329 (2).

Le 26 mars 1588, un arrêt de la V^e chambre décide que la communauté doit se régler d'après la coutume du domicile que le mari avait lors de la célébration du mariage et non d'après celle qu'il avait lors de la dissolution du mariage, adoptant « que le droict de communauté estoit acquis du jour du contrat de mariage qui ne se pouvoit oster à la femme *pendente matrimonio, etiam facto mariti*, non plus que, *consentiente uxore, nam mulier non alias erat matrimonium contractura* » (3).

Louet cite un arrêt antérieur du 3 mars 1549 et rapporte que les conclusions adoptées par le tribunal dans le jugement invoquaient une jurisprudence déjà bien établie : trois arrêts sans date des 1^{re}, 2^e et 5^e chambres du Parlement de Paris et l'arrêt de 1572 ci-dessus rappelé ; Bacquet rapporte un arrêt conforme du 10 septembre 1552 (4).

Un arrêt du 8 janvier 1632, refuse toute communauté à des Italiens venus habiter à Paris, en cassant la sentence du bailli qui avait jugé qu'il y avait eu communauté, l'arrêt l'a refusé par la raison que le droit de communauté s'acquiert à l'instant du mariage (5). Pareil arrêt du 29 mars 1640 (6).

(1) LOUET, lettre C, som. VI.

(2) BRODEAU sur LOUET, lettre C, som. VI, note 6.

(3) LOUET, Lettre C, som. XV, n° 1.

(4) *Droits de justice*, chap. XXI, n° 67, p. 158.

(5) *Journal des audiences*, t. I, liv. II, ch. CI, p. 126.

(6) *Journal des audiences*, t. I, liv. III, ch. LXII, p. 242.

§ 2. — Doctrine et jurisprudence normandes.

Une autre opinion donnait effet à ces changements de domicile, mais il est à remarquer que les auteurs de cette opinion sont tous Normands et les arrêts du Parlement de Rouen. Bérault admet que si le contrat est passé à Paris avec stipulation de communauté, mais que le domicile soit transporté en Normandie et le mariage dissous pendant ce temps, la société sera réglée de telle façon que la femme n'aura droit ni aux meubles ni aux acquêts (1).

D'autres (2) n'admettaient cette solution que pour les meubles, laissant les immeubles régis par la loi de leur situation.

Louet nous rapporte : « Certains prétendent que la communauté n'ayant lieu que du jour de la dissolution du mariage, le mari pouvait jusqu'alors disposer des biens et qu'il n'y a pas lieu de s'occuper d'une coutume où l'on n'a plus son domicile (3). »

Les arrêts du Parlement de Rouen sont rendus en ce sens, Basnage en cite un du 19 août 1646, puis un autre du 3 août 1739, qui donne à une femme sa part de meubles et conquêts, bien qu'elle soit mariée à Lyon sans contrat, c'est-à-dire sans communauté (4).

Mais lorsque le changement de domicile était indépendant de la volonté des époux, les auteurs normands, admettant qu'ils n'avaient pas alors voulu frauder la Coutume de Normandie et avoir une communauté malgré

(1) BÉRAULT, *Œuvres*, t. II, p. 62.

(2) FROLLAND, *Mémoires sur la qualité des statuts*, ch. XXVII, p. 1288.

(3) LOUET, lettre C, som. XV.

(4) BASNAGE, *Commentaire sur Coutume de Normandie*, t. II, p. 80.

elle, se rangeaient à la doctrine de l'immutabilité et permettait à la femme d'avoir sa part des conquêts (1).

En somme leur théorie était basée uniquement sur un esprit provincial outré, sur le désir de faire à tout prix triompher la coutume locale, au risque de mépriser les raisons juridiques et pratiques qui lui étaient contraires.

APPENDICE. — *Effet de la réformation
d'une Coutume.*

Une autre modification pouvait être apportée, aux conventions matrimoniales, par un événement analogue au transfert de domicile : la réformation d'une Coutume. En ce cas, appliquait-on l'ancienne ou la réformée ?

La majorité des auteurs appliquait la Coutume réformée. « Si durant le mariage la Coutume a été changée, les « droits de la communauté doivent être réglés selon la « réformation et non selon l'usage de l'ancienne Coutume », nous dit Auzanet (2). Lebrun est aussi de cet avis et distingue ce cas de celui où les époux ont changé de domicile. « Ce n'est pas à proprement parler changer de « contrat, vu que ce changement arrive par l'effet d'une « autorité et d'une puissance supérieure et non par le fait « des parties (3). »

« Le Parlement de Paris applique la Coutume réformée, bien que ses dispositions n'eussent pas été celles que les parties, lors de leur contrat, avaient prévues, en s'appuyant sur ce que les parties acquièrent les droits au mode de règlement de la communauté, par le décès, et que c'est

(1) BASNAGE, *loc. cit.*

(2) *Œuvres, Mémoires*, p. 126.

(3) LEBRUN, *Communauté*, liv. I, ch. II, n° 17, p. 14.

la Coutume alors en vigueur qui doit s'appliquer » (1) nous dit Louet qui cite les arrêts du 13 décembre 1580 et du 17 octobre 1587.

Mais Ferrière critiquait cette opinion, « mauvaise raison
« à mon avis, disait-il, les lois ne sont établies que pour
« l'avenir et non pour des affaires passées et les droits ac-
« quis. Il n'est pas vrai de dire que le droit de commu-
« nauté ne soit acquis que par le décès du mary, à la
« femme ou par la mort de la femme, à ses héritiers, il est
« acquis par le contrat de mariage ou par la disposition
« de la Coutume dès la célébration d'iceluy, ce droit n'est
« que virtuel et habituel, mais il ne peut lui être ôté, elle
« ne peut pas même y renoncer avant la mort de son
« mary. »

Ferrière en ce cas appliquait on le voit, plus rigoureusement la règle de l'immutabilité.

Denisart distinguait : « Si cette loi venait à être réformée pendant leur mariage, leur communauté dépendrait de la nouvelle Coutume réformée et non de l'ancienne, à laquelle ils étaient tacitement soumis, mais si la soumission était expresse, elle ne pourrait dépendre que de la loi subsistante au temps de la soumission, la réformation ne pouvait rien changer à la stipulation (2). »

(1) LOUET, lettre C, som. VI.

(2) DENISART, *V° Communauté de biens*, n° 17, éd. 1775, t. III, p. 420.

CHAPITRE IV

SANCTION DE L'IMMUTABILITÉ.

Le caractère de nullité absolue des conventions contraires à la règle de l'immutabilité, en droit actuel, n'a été contesté que par un seul auteur, Toullier, qui, estimant que, dans l'ancien droit, ce principe était une conséquence de la prohibition des donations entre époux, constatant d'autre part, que le Code avait supprimé cette prohibition, concluait : « Le Code déclare ces avantages, non pas « nuls, mais toujours révocables ; donc les conventions « postérieures à la célébration doivent être également « nulles (1). »

Mais pour l'ancien droit, Toullier, lui-même, déclare que la nullité était absolue. « L'ancienne législation déclarait absolument nulles toutes conventions des époux « sur leurs droits respectifs postérieures à la célébration « du mariage, parce que tous les avantages directs ou indirects qu'ils se faisaient pendant le mariage, étaient absolument nuls. » Sans doute Toullier rattache ce caractère à la théorie d'après laquelle la règle de l'immutabilité n'était qu'une conséquence de la prohibition dans l'ancien droit, des donations entre époux.

Comme le remarque M. Lefebvre, « la doctrine en vue « de sanctionner cette règle d'immutabilité s'attacha sur- « tout à la raison spéciale d'empêcher ainsi les libéralités

(1) TOULLIER, *Droit civil selon l'ordre du Code*, t. XII, n° 39.

« entre époux qui, de droit commun, étaient entièrement « prohibées ». Nous croyons avec lui, que le besoin que sentirent les interprètes, d'assurer par une sanction très rigoureuse le respect de la règle de l'immutabilité, les conduisit à parler de la prohibition des donations entre époux pour laquelle existait cette nullité absolue, qu'aucun texte ne prévoyait pour empêcher les modifications postérieures au contrat de mariage. Mais nous avons vu ce qu'il fallait penser de la théorie que défend Toullier.

Toujours reste-t-il que Toullier reconnaît l'ancien caractère de nullité, que nul autre n'a contesté.

Le caractère absolu de la nullité de tous changements postérieurs au mariage s'explique par les graves motifs qui ont amené l'immutabilité. « De tous les contrats auxquels les lois ont porté leur faveur et promis une fidelle « et religieuse exécution, il n'y en a pas qu'elles aient « jugé plus favorables ni plus inviolables que les contrats « de mariage. Cette action étant toute sainte, toute divine, « a pour son but la conservation de l'être, des hommes, « des familles, des villes, des Etats. C'est pourquoy la foy « y doit présider pour en rendre les conventions assurées « et la justice surveiller, pour en rendre l'exécution certaine et retrancher toutes les artificieuses subtilitez et « prestiges de droit », écrivait Du Vair en ses *Arrêts en robes rouges de Provence* (1). Le seul moyen de rendre inviolables des conventions dont l'importance était telle, c'était la nullité absolue. On n'y faillit pas, et la sanction était, comme le dit Toullier, « une nullité très expressement prononcée en ce cas par l'ancienne jurisprudence (2) ».

(1) *Œuvres*, p. 954.

(2) TOULLIER, *op. cit.*, t. XII, n° 37.

La nullité étant absolue, les conséquences suivantes en découlaient :

D'abord, la nullité était invocable par tout intéressé.

Tout d'abord, par les époux eux-mêmes, c'était même eux, ordinairement, qui étaient demandeurs en nullité. Lorsqu'après le décès de l'un des conjoints, l'autre voulait tirer à lui le plus possible des biens de communauté, il invoquait la nullité de ces modifications à l'encontre des héritiers de son conjoint. Ce fut Le Coigneux lui-même qui demanda la nullité de l'acte qu'il avait passé avec sa femme « en assemblée de parens de part et d'autre » par lequel il admettait, le cas échéant, les héritiers de la femme au partage de communauté au lieu de leur verser simplement le forfait de 2.000 livres ; et l'arrêt du 19 mai 1589 déclara la nullité de sa promesse. Ce fut la veuve elle-même qui, au mépris de la convention passée par elle avec son mari, réduisant la donation universelle de communauté au survivant que portait le contrat de mariage à une moitié en propriété, l'autre en usufruit, demanda : « tous les meubles et acquets en conséquence de son « contrat de mariage, obtint lettres pour être relevée du « contrat de 1583, et de ce qu'elle avait fait en conséquence « d'iceluy en ce que l'on en voudroit tirer une approba- « tion et consentement (1). » C'est encore à la requête de la femme elle-même qu'un arrêt du 13 juin 1619 annule une transaction passée par elle avec son mari, portant réduction de ses droits et convention qu'elle vivrait séparée de lui (2). Et dans les espèces de nullité de séparations de biens volontaires que nous avons rapportées, on a vu que ce fut fréquemment à la requête de l'un des époux que la

(1) LOUET, let. M, som. IV.

(2) AUZANET, *Arrêts*, p. 240.

nullité était prononcée. Et Brodeau déclare : « Je dis que
« l'un et l'autre des conjoints serait recevable appelant
« de la sentence de séparation donnée sans connoissance
« de cause, quoique de son consentement (1). »

Et l'un des époux pouvait fort bien arguer de la nullité vis-à-vis d'un tiers avec qui il avait passé la modification. Un arrêt du 23 avril 1665 (2), admet la nullité d'une modification au contrat de mariage dans l'espèce suivante : « En l'année 1639, Gabriel Texier ayant recherché en
« mariage la fille d'Ambroise de Villepelée, le mariage
« fut résolu sur l'assurance que la dot ne serait que de
« 3.000 livres. l'on mit néanmoins dans le contrat de ma-
« riage la somme de 4.000 livres. En 1643, quatre ans
« après le mariage, le beau-père acheva de payer son gen-
« dre de ce qu'il avait promis de lui donner pour la dot
« du mariage. » Le gendre donna quittance par devant notaire au pied du contrat de 4.000 livres afin que le beau-père en ait une décharge entière ; la quittance était du dernier décembre 1643. Les choses étaient demeurées en cet état depuis 1643 jusqu'en 1664, sans que le gendre eût prétendu cette somme de 1.000 livres, quoiqu'il eût plaidé contre son beau-père pour d'autres affaires durant plusieurs années. Néanmoins, se trouvant dans la suite débiteur de son beau-père, il demanda la compensation avec la somme de 1.000 livres restante de la somme de 4.000 livres portée par son contrat.

La Cour a ordonné « que la compensation serait faite
« de la somme de 1.000 livres sur ce qui était dû à l'in-
« timé sans intérêts de la somme de 1.000 livres et sans
« dépens entre les parties. »

(1) Sur LOUET, lettre S, som. XVI.

(2) *Journal des audiences*, t. II, liv. IV, chap. XIV.

En second lieu, cette nullité ne pouvait se couvrir par aucune confirmation expresse ou tacite durant le mariage.

Cette inutilité de toute confirmation est rappelée par Leprestre. « Et ceux qui ont pensé s'assurer davantage es-
« conventions qu'ils faisoient contraires à leur contract de
« mariage en y faisant intervenir leurs héritiers pré-
« somptifs, avec renonciation des droits qui leur pouvoient
« appartenir, mesme avec garantie en leur propre et privé
« nom, de ce que s'y faisoit, se sont trompez et tels con-
« tracts ont été réprouvez sans que les héritiers peussent
« en estre tenus, quelque garantie qu'ils en eussent pro-
« mise comme rapporte M. Du Val en son traité *De rebus*
« *Dubiis*, p. 45 (1). »

De même toute confirmation tacite par l'exécution de l'acte modificatif était inutile. Brodeau prévoit un acte modificatif du régime d'exclusion de communauté stipulé par le contrat de mariage, acte par lequel le mari consentait à ne jouir que de partie des fruits des biens de la femme et déclare : « Quoique par un excès d'affection ou
« pour le bien de la paix et de la concorde qui ne doit
« point être vénale, il ait volontairement souffert l'exécu-
« tion de l'acte pendant son mariage, néanmoins il est
« restituable en quelque temps que ce soit, même après les
« 10 ans, l'Ordonnance n'ayant point de lieu à l'égard des
« actes qui sont contre le droit public et l'honnêteté. »

Cette dernière partie du texte nous fait constater le troisième caractère résultant de la nullité absolue de pareilles modifications, l'imprescriptibilité de l'action en nullité.

Enfin le caractère absolu de cette même nullité est encore bien rappelé par Brodeau en un autre endroit :

(1) LEPRESTRE, *Arrêts*, centurie 1^{re}, ch. XCVIII, n° 12, p. 313.

« Bien que le père soit obligé solidairement et en son nom
« et à la garantie et entretenement de l'acte dérogeant aux
« conventions portées par le contrat de mariage de sa
« fille ; néanmoins, après son décès, ses enfants, quoique
« héritiers, sont bien recevables à demander la cassation
« de cet acte et l'entretienement du contrat de mariage, car
« la maxime et règle de droit qui dit que l'héritier ne
« peut venir contre le fait du défunt n'a lieu quand l'acte
« ou le contrat est contre le droit public ou les bonnes
« mœurs (1). »

(1) BRODEAU SUR LOUET, lettre M, som. IV, n° 7 ; CHARONDAS, *Réponses*, liv. II, rép. 34.

CHAPITRE V

LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'IMMUTABILITÉ.

Plusieurs exceptions furent proposées, dans l'ancien droit, à la règle de l'immutabilité. Quelques-unes furent repoussées. Parmi les autres, il en est qui étaient plus apparentes que réelles. Après avoir vu brièvement celles qui furent rejetées, nous étudierons l'importance des autres.

Nous avons déjà parlé de l'échec complet de la théorie qui voulait permettre les dérogations aux conventions matrimoniales durant le mariage, faites *avec le consentement des parents* qui avait assisté au contrat. L'opinion de Tronçon et Ricard qui validaient de telles modifications fut repoussée en doctrine, et dès 1589, un des arrêts les plus fréquemment cités, l'arrêt Le Coigneux-Bailly, condamna formellement cette opinion en cassant la convention passée durant le mariage malgré l'assemblée solennelle des parents. Nous ne reviendrons pas sur cette question.

Un autre motif fut proposé pour valider les modifications postérieures au mariage : *la faveur que l'on doit témoigner pour le retour au droit commun*. Pareille idée est souvent invoquée dans les arrêts et appuyée sur un texte de droit romain qui déclare « que toutes les fois où la dot reprend l'état que les lois lui ont donné, elle n'est pas détériorée, mais seulement rétablie dans sa forme » (1).

(1) D. Liv. II, tit. XIV, l. 27, § 2 *in fine* : « *Quotiens enim ad jus,*

Et « Pithou rapporte sur la Coutume de Paris, un arrêt sans date, par lequel le douaire coutumier fut adjugé à une veuve en vertu d'une contre-lettre passée par le mari hors la présence de ses parents, portant qu'il voulait et entendait que la future épouse eût le choix du douaire coutumier ou préfix, nonobstant que par le contrat de mariage il n'y eût rien d'assigné et constitué en dot » (1). Et cet arrêt se basait sur la loi précédente.

Mais cette solution est tout à fait exceptionnelle et la doctrine et la jurisprudence repoussaient formellement cette exception.

La faveur de ce retour au droit commun était surtout invoquée pour valider des conventions portant soit retour à la communauté, soit retour au partage égal, quand le contrat de mariage avait été contraire. Nous avons déjà vu que la jurisprudence et la doctrine annulaient régulièrement de telles conventions.

Il ne nous reste qu'à voir les expressions données à cette considération, dans ces divers cas.

La veuve d'un homme qui, marié par un contrat stipulant seulement le quart de la communauté pour la femme survivante, lui avait passé une convention lui donnant la moitié, disait : « Si donc le mary rocognoissant la faute
« qu'il avoit commise, au premier contract, la veut réparer
« par nouvelle convention et remettre la cause de sa femme
« en son droit ordinaire et légitime, il ne fait autre chose
« que ce qui est permis par la loi du pays. » L'arrêt du 11 may 1563 repoussa cette considération, et cassa la pro-

quod lex naturae ejus tribuit, de dote actio reddit, non fit causa dotis deterior, sed formae suae redditur. »

(1) BRODEAU sur LOUET, let. C, som. XXVIII, n° 5 *in fine*.

messe (1). La même réponse fut faite à de pareilles conclusions par deux arrêts du 16 janvier 1592 et du 9 septembre 1593 (2).

Pour valider une convention établissant la communauté exclue par un paysan et sa femme dans leur contrat on disait que « telle convention est réputée une conservation de la communauté légitime ou pour le moins une réduction au droit commun de la Coutume de Touraine ostant l'obstacle du contract de mariage qui estoit contraire à la Coustume du Païs ». Mais ce ne fut pas admis par l'arrêt qui statua le 10 juin 1566.

C'est encore en disant que « le contrat de 1583 *reduit par les ad jus municipale* à l'avantage que la Coutume de Paris « permet au mari et à la femme, que la loi *in stipulatione dotis* n'avait pas estimé que *dotis causa deterior facta fuisset*. « quand elle était réduite *ad jus commune* » (3), que les héritiers du mari prétendaient valable, la convention ramenant à une donation de moitié en propriété et moitié en usufruit, la clause de communauté totale au survivant, contenue par le contrat de mariage. L'arrêt de 1605 rejeta pareilles conclusions.

De même celui du 15 avril 1608 condamna la thèse d'un mari, qui ayant mis dans le contrat de mariage un forfait de communauté, prétendait le faire interpréter comme lui réservant la faculté de revenir au droit commun de partage égal, s'il le voulait (4).

Et la doctrine repoussa aussi pareille théorie. « Quoique « le traité nouveau n'auroit pour objet que de rétablir l'é-

(1) CHARONDAS, *Réponses*, liv. VIII, rép. 32.

(2) ANNE ROBERT, *Arrêts et choses jugées*, liv. IV, ch. I, n° 518.

(3) LOUET, let. M, som. IV, n° 1.

(4) LOUET, let. M, som. IV, n° 4.

« galité qui auroit été blessée par quelque clause du contrat de mariage ou de remettre les conventions dans les termes du droit commun, il ne serait pas moins rejeté », déclare Valin (1), opinion exprimée à peu près dans les mêmes termes par Ferrière (2) et Leprestre (3).

Enfin Ferrière, après avoir exposé la nullité des modifications apportées au contrat de mariage, ajoute : « il faut « excepter deux cas, auxquels il est permis de déroger à la « teneur du contrat de mariage. Le premier est en l'article 280 par lequel homme et femme conjoints par mariage étant en santé, peuvent en leur loist faire donation mutuelle, l'un à l'autre également de tous leurs biens meubles et conquêts faits durant et constant leur mariage et qui sont trouvés à eux appartenir et être communs entre eux à l'heure du trépas du premier mourant des deux conjoints pour en jouir, par le survivant d'iceux conjoints, sa vie durant, seulement en baillant par lui caution suffisante de restituer les biens après son trépas, pourvu qu'il n'y ait enfans, soit des deux conjoints ou de l'un d'eux lors du décès du premier mourant (4). Le deuxième est en l'article 281, par lequel père et mère mariant leurs enfans peuvent convenir que lesdits enfans laisseront jouir le survivant de leur père et mère des meubles et acquêts du prédécédé, la vie durant du survivant pourvu qu'ils ne se remarient. »

Mais ces deux textes visent les deux hypothèses de don mutuel, seule libéralité entre époux qu'aient per-

(1) *Commentaire sur Coutume de La Rochelle*, art. 48, § 4, n° 16, t. II, p. 689.

(2) *C. et Comp. sur Coutume de Paris*, art. 258, n° 14.

(3) *Arrêts*, centurie I, chap. XCVIII, n° 15.

(4) *Coutume de Paris*, art. 280.

mises la plupart des Coutumes prohibitives de telles donations conjugales. Aussi est-ce plutôt, à cette dernière théorie qu'il faut les rattacher qu'à celle de l'immutabilité. Tel était même l'esprit de la coutume, qui ajoutait à la fin du texte de l'article 281 non terminé par Ferrière « et n'est réputé tel accord, avantage entre les dits conjoints ». Nous laisserons donc de côté l'étude de ces deux libéralités permises entre époux.

Il nous reste à voir maintenant les dispositions légales dont l'application portait atteinte à l'immutabilité.

SECTION I. — Révocation des donations faites par contrat de mariage.

L'ancien droit admettait la révocation des donations, faites par contrat de mariage, dans deux cas : 1^o s'il survenait des enfants au donateur, 2^o en cas d'ingratitude du donataire.

§ 1. — Révocation pour survenance d'enfant.

La raison de douter de l'application de cette cause de révocation aux donations faites en faveur du mariage était qu'elles sont toujours onéreuses, que les conjoints ont sujet de dire qu'ils ne se fussent pas engagés dans les liens du mariage et à supporter les charges d'une famille si ce n'eût été en considération de cet avantage qu'ils avaient reçu (1) « que toutes conventions apposées en contrat de mariage venaient *ex contractu et conventione, non ex mera liberalitate* (2) ». Et la Coutume de Bourbonnais avait

(1) RICARD, *Traité des donations*, III^e partie, chap. V, sect. IV, n^o 606, t. I, p. 387.

(2) LOUET, lettre D, som. LII, n^o 1.

admis cette opinion : « Donations entre vifs *aut per mortem dum quotæ*, sont révoquées si le disposant au temps de son trépas, a enfans naturels et légitimes survivans, fors es donations faites en contrat de mariages lesquelles ne sont audit cas révocables. (1) »

Mais ce n'était pas là l'opinion généralement admise.

« La réponse, dit Pothier, est qu'il n'est fait, par là, aucun tort aux conjoints qui, connaissant l'état du donateur qui n'avait pas d'enfants, ont dû savoir que la donation qu'il leur faisait était sujette à la révocation en cas de survenance d'enfants et sont censés en avoir voulu courir le risque (2). »

Dès le 12 avril 1551, un arrêt prononcé en robes rouges, déclare la donation faite par Charles du Moulin au contrat de son frère Ferry, révoquée par la survenance des enfans du donateur (3). Le Parlement de Rouen rendait une sentence identique le 5 juillet 1672 (4).

La même opinion était sanctionnée par les pays de droit écrit. Maynard rapporte dans ce sens, deux arrêts du Parlement de Toulouse du 13 mai 1528 et du 13 septembre 1564 (5), et un autre du Parlement de Bourgogne du 18 février 1610 (6). Des arrêts analogues furent rendus par le Parlement de Grenoble le 18 août 1609 (7), le Parlement de Provence, le 31 octobre 1661 et en juin 1662 (8).

(1) Art. 225, *Coutume de 1521*. — V. *Coutume d'Auvergne*, tit. XVI, art. 33.

(2) *Traité des donations entre vifs*, n° 153.

(3) V. LOUET, lettre D, n° 52.

(4) BRODEAU SUR LOUET, lettre D, som. LII, n° 18.

(5) MAYNARD, *Notables questions*, liv. IV, chap. XII, t. II, p. 436.

(6) MAYNARD, *Notables questions*, liv. IX, chap. VIII, t. II, p. 346.

(7) BRODEAU SUR LOUET, lettre D, som. LII, n° 23.

(8) BONIFACE, *Arrêts de Provence*, t. I, partie I, liv. VII, tit. IX, chap. I et III.

Enfin le 17 août 1675, la Cour de Bordeaux déclare révoquée pareille donation à cause de la survenance d'un enfant dont la femme du donateur était enceinte lors de la donation (1).

L'ordonnance de février 1731 sur les donations vint confirmer cette jurisprudence par son article 39 portant « que toutes donations entre vifs faites par des personnes « qui n'avaient point d'enfants ou de descendants, actuellement vivants dans le temps de la donation.... même « celles qui auraient été faites en faveur du mariage, par « autre que par les conjoints ou les ascendants (2) demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un « enfant légitime du donateur, même d'un posthume ou « par la légitimation d'un enfant naturel par mariage « subséquent, et non par aucune autre sorte de légitimation » (3).

La fin de ce texte assimile, on le voit, la légitimation par mariage subséquent à la naissance d'enfants.

Cela avait été autrefois contesté. Corbin, dans ses *Décisions de droit* (4), rapporte que « Balde tient que la « donation se révoque par les enfants déjà nés lors d'icelle « et depuis légitimez » et déclare en douter « d'autant que « le donateur a pensé à eux et nonobstant a donné et quant « à ce qu'on dit qu'il n'avait pas pensé à la légitimation « subséquente, on répond que toutefois ce n'a point été « son intention de laisser à ses enfants naturels, a mieux « aimé que ses biens tombassent ès mains du donataire « que de tels enfants puisqu'il n'a pas cherché les moyens « pour les y faire parvenir. »

(1) BRODEAU, *loc. cit.*

(2) Le texte d'Isambert porte « descendants », l'erreur typographique est évidente.

(3) ISAMBERT, *Anciennes lois françaises*, t. XXI, p. 353.

(4) Question 159, p. 312.

Mais l'assimilation de la légitimation par un mariage subséquent avait été faite en jurisprudence par un arrêt du 4 février 1606 prononcé ensuite en robes rouges le 21 mars 1606 (1).

Cette exception à l'immutabilité des conventions matrimoniales était plus apparente que réelle. D'abord, ainsi que le remarque du Vair (2) : « En cas de survenance d'enfant, on peut dire que la révocation n'est pas contraire tant pour ce que c'est la loi, et non pas la personne, qui fait la révocation que pour ce que la nature de la chose estant changée, change aussi la convention. »

Nous avons vu, de plus, qu'il était permis de stipuler une condition casuelle dans le contrat de mariage. Or la survenance d'enfants était considérée comme une condition de cette nature, stipulée tacitement par la loi, pour toutes les donations faites par des tiers, n'ayant pas d'enfants. C'est bien ce qui ressort du texte de Pothier cité ci-dessus, et de ce que disait avant lui Ricard. « Les conjoints ont dû considérer la nature de la donation qui leur était faite et par un moyen qu'ils n'ont pu ignorer, puisqu'il est de droit, elle étoit révocable par la survenance d'enfants » (3).

§ 2. — Révocation pour ingratitude.

Cette cause de révocation ne fut jamais bien établie et fut très controversée en doctrine et en jurisprudence. Elle

(1) MONTHOLON, *Arrêts*, arrêt 108 ; *Arrêts de la V^e Chambre*, après LEPRESTRE, p. 42 ; LOUET, let. C, som. LII.

(2) *Arrêts*, *OEuvres*, p. 974.

(3) RICARD, *Traité des Donations*, III^e partie, ch. V, section IV, n^o 607.

était repoussée par d'Expilly cité par Ricard (1) et par quelques arrêts du Parlement de Provence (2). Elle était admise par Ricard pour les donations faites par des tiers. Il repousse la solution romaine qui avait été invoquée, disant : « La raison de ces lois romaines n'ayant aucun rapport avec les donations qui se font parmi nous en faveur du mariage, je ne fais pas de difficulté que la révocation pour cause d'ingratitude n'y puisse être appliquée, lorsqu'il n'y a que le donataire intéressé. » Et le Parlement de Provence jugea en ce sens le 23 février 1628 (3), puis le 17 juin 1661 (4).

Mais la fin du texte de Ricard nous indique une exception pour le cas où les biens donnés par le tiers, l'auraient été au futur époux et aux enfants à naître du mariage. Ricard dit que si la mention des enfants implique un fidéicommiss à leur profit, « il n'y a point de doute que le « père, par son ingratitude, n'a pu donner lieu à la révocation que de ce qui lui appartient en la donation, « savoir de la jouissance des choses données, sa vie durant » (5). Cette même réserve du droit des enfants fut admise par un arrêt de Provence du 17 mai 1666 (6).

Enfin il était admis par quelques auteurs, que même les donations entre conjoints, par contrat de mariage, étaient comme les autres sujettes à révocation pour cause d'ingratitude (7). « La reconnaissance du bienfait semble

(1) *Traité des donations*, III^e partie, ch. VI, sect. I.

(2) BONIFACE, *Arrêts*, t. II, p. 433.

(3) CAMBOLAS, liv. V, chap. XLVIII, nomb. I.

(4) BONIFACE, *Arrêts*, t. I, part. I, liv. VII, tit. IX, chap. I.

(5) RICARD, *Traité des donations*, III^e partie, chap. VI, sect. I, n^o 685.

(6) BONIFACE, *Arrêts*, t. I, part. I, liv. VII, titre IX, chap. I; BRODEAU SUR LOUET, lettre D, som. LII, n^o 24.

(7) DOMAT, *Lois civiles*, t. I, p. 407.

même un devoir plus sacré dans une union où tout doit être sentiment, où les cœurs devraient se confondre comme les intérêts et les biens », explique Bergier (1) (chez qui nous pouvons remarquer une étrange conception du mariage où, d'après lui, l'union des cœurs n'est qu'un accessoire de l'union des biens et des intérêts).

Aussi la jurisprudence révoquait-elle les libéralités faites par la femme au mari lorsque celui-ci donnait lieu, par ses mauvais procédés, à une séparation d'habitation. Les arrêts du 1^{er} mars 1697 et du 22 décembre 1755 ont statué en ce sens (2). De même un autre arrêt de la III^e Chambre des enquêtes du 26 février 1728 déclare nulle et révoquée la donation mutuelle portée par contrat de mariage, alors que la femme était décédée au cours de son instance en séparation de corps (3).

Mais une donation réciproque fut déclarée, échapper à cette révocation par un arrêt du 8 mai 1725, qui statua ainsi « parce que telle donation ne tourne au profit l'un de l'autre que par l'événement de la survie » (4). Mais Bergier, l'annotateur de Ricard, critique cette solution et admet même qu'il n'est pas nécessaire que les deux époux perdent tous leurs droits, « car il peut y avoir des circonstances assez fortes pour punir le mari par la privation de « l'espérance de recueillir les fruits de la libéralité de la « femme dont il s'est rendu indigne, en même temps que « l'on conserve à la femme, qui n'a pas démerité, l'espérance

(1) Notes sous RICARD, t. I, p. 606.

(2) DENISART, *V^o Révocations des donations*, nos 14 et 16, édit. 1755, t. IV.

(3) DENISART, *loc. cit.*, n^o 15.

(4) DENISART, *Ibid.*, n^o 17, et *V^o Séparation de biens*, n^o 76.

« profiter de la libéralité de son mari si elle vient à lui survivre » (1).

Y avait-il dans cette cause de révocation une exception à l'immutabilité ? Oui, mais les effets de la révocation étaient limités au seul coupable. Nous avons vu Ricard sauvegarder le droit des enfants, et Pothier spécifie que les donations faites en faveur de mariage sont sujettes à cette révocation « sans préjudice néanmoins du droit du mari de la donataire (2) ».

Par conséquent, la seule personne qui pouvait se plaindre de voir ses droits modifiés n'avait qu'à s'en prendre à elle-même, et, les raisons morales compensaient largement l'atteinte bien minime, que recevait, de ce chef, la règle de l'immutabilité.

SECTION II. — Séparation de biens.

La séparation de biens a été admise comme une exception grave, mais nécessaire dans l'intérêt de la femme à la règle de l'immutabilité, cela à cause des pouvoirs exagérés du mari. Nous avons vu que pour éviter que l'on en abusât, toute séparation volontaire était nulle, soit simple séparation de biens, soit séparation de corps et de biens. Cette exigence de l'intervention de la justice n'est pas la seule trace du caractère de remède empirique de la séparation. Il se retrouve encore dans le soin méticuleux avec lequel on en a restreint les causes, réglé la procédure, et surtout dans le caractère éminemment provisoire

(1) Notes sous RICARD, *Traité des donations*, III^e partie, ch. VI, sect. I.

(2) POTHIER, *Commentaire sur Coutume d'Orléans*, Introd. au titre des Donations, n^o 112, *in fine*.

de la séparation de biens que les époux pouvaient toujours abandonner pour revenir à la communauté.

Nous ne pouvons étudier en détail la séparation de biens judiciaire qui est hors de notre sujet, nous verrons seulement les manifestations de notre principe dans sa réglementation et le retour des époux à leur premier régime.

§ 1. — Réglementation de la séparation de biens judiciaire.

L'idée de restreindre le plus possible les dangers de la séparation de biens, s'est manifestée d'abord dans les causes pour laquelle on l'admit, dans les mesures de publicité exigées, enfin dans la nécessité d'une exécution rapide. Nous verrons ces points brièvement.

A. — Causes de séparation de biens.

La séparation de biens étant une mesure de protection pour la femme, c'était, logiquement, sur sa seule demande qu'elle pouvait être prononcée.

Toutefois la jurisprudence accorda parfois la séparation à la demande du mari.

Un arrêt du Parlement de Normandie, du 22 avril 1582 (1), entérina des lettres obtenues par un mari effrayé par les dettes qu'il découvrit à la charge de sa femme, lettres obtenues pour être séparé de biens d'avec elle, afin de ne pas être assujéti aux dites dettes.

Un arrêt du Parlement de Paris, du 26 février 1602 (2),

(1) BÉRAULT, sur art. 235 de la *Coutume de Normandie*, t. I, p. 542.

(2) PELEUS, *Act. forenses*, liv. V, act. 25, p. 269 ; GUYOT, *Rép.*, V^o *Séparation de biens*, t. XVI, p. 212-213

accorda la séparation de biens à un mari dans l'espèce suivante :

« L'intimé se plaignait qu'il n'avait jamais eu une heure
« de repos, et était encore de telle façon travaillé, qu'il y
« avait encore 114 procès, qu'il n'y a rien tant qui trouble
« et dessèche une âme douce et paisible que les procès. »
Arrêt conforme aux conclusions de l'avocat général.

La Thaumassière, dans ses *Questions sur la Coutume de Berry* (1), après avoir cité et approuvé les deux arrêts ci-dessus, dit : « C'est pareillement ce que j'ai vu pratiquer
« entre un fermier de cette province et sa femme qui fut,
« suivant mon avis, reçu à se faire séparer pour obvier à
« la quantité de procès que lui avaient intentés les créan-
« ciers de sa femme. »

En doctrine, Lebrun (2) lui-même admet dans quelques cas le mari à la séparation de biens. Le premier cas est lorsque les affaires de la femme sont si embrouillées que toute la fortune du mari ne suffit pas à la débrouiller. 2° Quand les arrérages annuels des rentes dues par la femme excèdent considérablement ses revenus. 3° Quand un héritage de la femme étant chargé de rentes foncières qui excèdent le revenu, la femme a l'obstination de ne pas vouloir consentir au déguerpissement. Lebrun ajoute que, dans ces cas, le mari peut demander la séparation, mais qu'il ne peut renoncer à la communauté pour le passé ; qu'il reste tenu de toutes les dettes de la femme qui y sont entrées et ne peut se décharger de la communauté que pour l'avenir.

Mais cette pratique était condamnée en doctrine et en jurisprudence.

Charondas, qui admet que le mari puisse la demander,

(1) Centurie 1^{re}, chap. XXIII, p. 51.

(2) *Communauté*, liv. III, chap. 1^{er}, n^{os} 11, 12, 13, p. 323.

« par exemple si les maris pour la poursuite des biens et
 « droits appartenant à leurs femmes étaient contraints de
 « s'envelopper dans un labyrinthe d'infinis procès, contre
 « les parents de leurs femmes fascheux et processifs » dit
 seulement « qu'ils pourront par quelque moyen hon-
 « neste à la requeste et poursuite de leur femme se faire
 « séparer de biens avec icelle (1). »

Et Prévost de la Janès et Pothier (2) appuyaient la même opinion : « Il n'y a que la femme qui puisse de-
 « mander la séparation de biens, le mari ayant, seul, en sa
 « libre disposition, tous les biens de la communauté ;
 « n'est pas recevable à la demander. » Opinion qu'approu-
 vait aussi Renusson (3).

Le Parlement de Paris revint le 23 juillet 1755 (4) à une jurisprudence plus conforme aux principes en cassant une sentence de Bourges, qui accordait la séparation à la demande du mari.

La séparation de biens même réservée à la femme n'était pas accordée sans de graves raisons. Leprestre nous en donne la liste « *ob dilapidationem bonorum a marito*, quand le mari est idiot, hébété et dépourvu d'entendement et de sens naturel ou prodigue et mauvais ménager, et prodigue des biens de luy et de sa femme ».

B. — Formalités de publicité.

La publicité peut se concevoir pour la demande et pour le jugement. L'ancien droit déjà exigeait ces deux sortes de précautions.

(1) *Questions*, III^e partie, titre X, p. 46.

(2) *Communauté*, n^o 513.

(3) *Communauté*, I^{re} partie, chap. III, n^{os} 5 et 6.

(4) GUYOT, V^o *Séparation de biens*, § 2, t. XVI, p. 213 ; DENISART, édit. 1775. V^o *Séparations*, n^o 32.

a) *Publicité de la demande de séparation.*

Cette publicité était exigée dans deux buts : d'abord pour avertir les créanciers, particulièrement ceux du mari, qui pouvaient intervenir pour sauvegarder leurs droits, ensuite à cause de l'effet rétroactif, au jour de la demande, du jugement de la séparation de biens.

Avertir les créanciers du mari : pour atteindre ce but, certaines régions ne se contentaient même pas de la publicité ordinaire et exigeaient que l'on appelât expressément à l'instance les créanciers du mari. Un arrêt de règlement du Parlement de Normandie du 30 août 1555 est formel en ce sens : « Le mari et la femme impétrans
« des lettres afin de séparation, sont tenus de bailler par
« déclaration au substitut du procureur général, pour
« après être mis au greffe, les noms et surnoms et rési-
« dences de tous leurs créditeurs, lesquels créditeurs seront
« appelés sur l'entérinement des dites lettres. » La jurisprudence du Parlement de Dijon suivait une règle analogue (1),

Quant à la rétroactivité de l'effet du jugement au jour de la demande, c'était une pratique constante au Châtelet de Paris de regarder la communauté comme ayant cessé et étant dissoute de ce jour. Mais contre cet usage, Pothier faisait remarquer justement que si cet effet rétroactif se conçoit dans la dissolution d'une société ordinaire où la demande met l'associé en demeure de la dissoudre et où le demandeur ne doit pas souffrir du refus de l'associé d'acquiescier à une demande juste, « au contraire la communauté qui est entre mari et femme ne pouvant se
« dissoudre que par la sentence du juge, n'étant pas au

(1) DUTRUC, *Séparations de biens*, n° 113.

« pouvoir du mari d'acquiescer à la demande de séparation qui est donnée contre lui, il paraîtrait que la communauté dût subsister jusqu'à la sentence et qu'on ne pût pas même dire que le mari est, par la demande, mis en demeure de la dissoudre (1). » Malgré ces considérations très justes, l'intérêt de la femme fit admettre la rétroactivité.

b) *Publicité du jugement de séparation.*

Celle-ci était encore plus importante. En effet, les conséquences du jugement de séparations de biens étaient très graves, c'était la dissolution de la communauté et l'établissement d'un régime nouveau au cours du mariage, Dumoulin avait dit depuis longtemps que pour la communauté « *separatio idem valet quod mors* » (2).

Aussi la publicité du jugement était très généralement admise, seules les formes de la publicité différaient (3).

Le droit commun était donné par l'article 198 de la Coutume d'Orléans (4) qui exigeait deux modes de publicité : 1° la lecture en jugement à jour ordinaire, le juge séant ; 2° l'enregistrement en la juridiction dudit juge.

(1) *Communauté*, n° 521, p. 282.

(2) DUMOULIN, sur *Coutume de Paris*, art. 110, n° 4, *Opera*, I, p. 874.

(3) Dès 1559, LMBERT, nous donne un aperçu de ces diverses formes de publicité. « Les séparations de biens entre les conjoints par mariage, par plusieurs Coutumes, se doivent publier en jugement à jour ordinaire, le juge séant et être enregistrées en la juridiction, ou publiées au prône de la paroisse dedans le second dimanche du jour qu'elle est faite (*Enchiridion*, traduit par GUÉNOIS, p. 128).

(4) Art. 198 : « ... et ne seront les dites séparations déclarées valables sinon que les sentences d'icelles aient été publiées en jugement à jour ordinaire de juge séant et enregistrées en la juridiction du dit juge et exécutées sans fraude ».

Sur ces formalités Pothier (1) nous apprend que si la publicité n'avait pas lieu un jour d'audience ordinaire, elle n'était pas valable, pas plus que si elle était faite seulement après que le juge avait levé l'audience. Toutefois ce mode de publicité était requis pour les sentences de séparation rendues en procès par écrit sur un appointement à mettre si la sentence avait été rendue à l'audience sur la plaidoirie des avocats au procureur, il ne serait pas besoin d'autre publication, ces mêmes formalités étaient édictées en termes à peu près identiques par les Coutumes du Berry (chap. I, art. 48) et Montargis (chap. IX, art. 6).

L'ordonnance du commerce de 1673 prescrivait des formalités pour les séparations des femmes de marchands et banquiers : publication de la sentence à l'audience de la juridiction consulaire s'il y en a une, sinon dans l'assemblée de l'hôtel de ville et insertion dans un tableau exposé en lieu public dans lequel devaient être insérées les clauses des contrats de mariages des commerçants dérogoires au droit commun. Pothier dit que de son temps la formalité du tableau n'était pas suivie.

Cette formalité du tableau existait aussi en d'autres lieux.

En Normandie l'arrêt de règlement du 30 août 1555 exige l'affichage au tableau placé à cet effet dans le greffe du tabellionnage de la ville et contenant les noms des époux séparés et les causes de leur séparation.

Un règlement particulier du bailliage d'Orléans plaçait dans l'auditoire ce tableau contenant note de toutes les séparations de biens, leur date et désignation des parties (2). Pothier déclare cet usage tombé en désuétude.

(1) POTHIER, *Communauté*, n° 517.

(2) *Ibid.*

Le Code Michaud, en janvier 1629, tendit à généraliser ce système par son article 143 : « Seront mis et affichés tableaux aux greffes des juridictions ordinaires contenant les noms des personnes mariées qui sont séparées de biens... Et en outre seront les dites... séparations... publiées en jugement, sans préjudice des Coutumes où il est requis plus grande solennité, le tout à peine de nullité des dites séparations... pour le regard des créanciers (1). »

Cet affichage était souvent complété par une insinuation d'un extrait de la sentence sur un registre spécial tenu au bureau principal du bailliage ou de la sénéchaussée ou au bureau des commis de justice seigneuriales du domicile du mari.

Cette insinuation est formellement exigée par l'édit de décembre 1703 sur les insinuations laïques (2) et la déclaration complémentaire du 19 juillet 1704 (3).

Enfin, en d'autres lieux la Coutume exigeait une publication au prône du dimanche. Telles étaient les Coutumes de Blois (4), de Dunois (art. 58) et de Sedan (art. 97) ; de même le règlement du bailliage d'Orléans cité par Pothier (5), ce règlement exigeait, en outre la publication à cri public dans les marchés et la signification au syndic de notaires.

(1) ISAMBERT, t. XVI, p. 267.

(2) ISAMBERT, t. XX, p. 440.

(3) ISAMBERT, t. XX, p. 447 et suiv.

(4) Art. 3. — Femme mariée est en la puissance de son mari... sinon... que les dits conjoints fussent séparés de biens et que la séparation soit publiée au prosne de la paroisse ou ils sont demeurant au dedans le second Dimanche du jour qu'elle est faite, excepté en matière d'excès et d'injures.

(5) *Communauté*, n° 517. — Voir aussi LEBRUN, *Communauté*, livre III, ch. I, n° 10.

Un arrêt du 4 mai 1677 (1) fait allusion à la publication au marché faite selon l'usage du Maine.

C. — Exécution rapide de la sentence.

Cette exigence est encore une conséquence du soin que l'on a eu, en admettant de force la séparation, de diminuer le plus possible les atteintes portées à l'immutabilité.

Si la femme avait réellement intérêt à se séparer, elle devait le faire au plus vite, évitant par ce seul moyen sa ruine totale. Si elle n'exécutait pas rapidement, il était à présumer que la séparation n'était pas urgente, qu'elle était destinée par un accord secret des conjoints à tendre un piège aux tiers, auxquels on l'aurait d'abord cachée pour traiter avec eux, quitte ensuite à la leur opposer.

Aussi tous les auteurs et la jurisprudence exigeaient-ils cette exécution pour la validité de la séparation.

Lamoignon, aux *Arrêtés*, déclarait la séparation non valable « si elle n'est exécutée par une vente sérieuse des meubles ou par un acte public et authentique enregistré au greffe, contenant le paiement du total ou d'une partie notable des droits et conventions de la femme, ou par des poursuites effectives, faites par la femme, pour le paiement de ses conventions ».

Tous les auteurs exigeaient cette exécution, sauf à varier sur le mode d'exécution. Brodeau demandait soit une renonciation à communauté, soit un inventaire et partage des biens (2). Pothier veut que « le mari ait restitué la dot « à la femme, ou du moins qu'elle ait fait des poursuites « pour se la faire rendre et qu'elle ne les ait point abandonnées (3) ». Valin exige la mise à exécution « soit par

(1) *Journal des audiences*, t. III, liv. IV, ch. XV.

(2) Sur LOUET, lettre S, som. XVI, n° 6.

(3) *Communauté*, n° 518.

« acte dans lequel le mari cédera à la femme de ses biens
 « meubles et immeubles jusqu'à satisfaction de ses droits,
 « soit par le délaissement qu'elle fera ordonner en justice
 « des biens de son mari à dire et estimation d'expert » (1).
 D'après Prévost de la Janès, il faut que « la femme pour-
 « suive contre son mari le paiement de ses reprises, rem-
 « ploi et indemnité, et que faute de ce paiement elle se
 « fasse vendre ou adjuger en paiement quelques biens de
 « son mari ou qu'elle obtienne du moins seulement adju-
 « dication de ses reprises et conventions » (2). Lebrun
 exige un procès-verbal de vente de meubles du mari faite
 en place publique et attesté de témoins dignes de foi (3).

Et tous donnent une sanction énergique à cette néces-
 sité de l'exécution ; la nullité de la séparation et une
 nullité absolue, invocable par tous, même par les époux.
 Quelques-uns à titre d'exemple : « Lorsque la femme qui
 « l'a obtenue ne la met pas à exécution, auquel cas la sen-
 « tence demeure sans effet et n'opère aucune séparation... (4).
 « Sans l'exécution, dit Valin, la sentence de séparation
 « serait inutile, soit à l'égard des créanciers comme répu-
 « tée collusoire et frauduleuse, soit par rapport aux con-
 « joints mêmes comme étant réputés y avoir dérogé et
 « avoir rétabli la communauté entre eux (5). »

On a pu voir, par l'étude de cette réglementation toute
 étroite de la séparation, combien les précautions étaient

(1) *Comment. sur Coutume de La Rochelle*, art. 48, n° 39, p. 696.

(2) *Principes de jurisprudence*, t. II, liv. V, sect. III, n° 303.

(3) *Communauté*, liv. III, chap. I, n° 10.

(4) POTHIER, *Communauté*, n° 523.

(5) VALIN, *Comment. sur Coutume de La Rochelle*, art. 48, n° 38, p. 696. — Dans le même sens : DUPLESSIS, *Traité sur Coutume de Paris*, t. XII, liv. II, chap. II, p. 433 ; GUYOT, *Répertoire*, V° *Séparation de biens*, sect. II, § 3, *in fine*.

soigneusement prises pour restreindre le plus possible l'atteinte portée à l'immutabilité.

§ 2. — **Retour à communauté après séparation de biens.**

Il avait fallu des motifs très graves pour abandonner le régime primitif entre les parties. Aussi le retour aux conventions anciennes était-il vu avec faveur. « La communauté ayant eu lieu dans le principe, elle n'a été dissoute « que par accident et la justice ne l'a vu rompre qu'à « regret, son rétablissement ne peut donc être que favorable. C'est le vœu de la loi et le bien public l'exige. Il « dépendait, au reste, de la femme de ne pas demander la « séparation ; si les circonstances l'y ont engagée, peut-être autant en vue de ménager une ressource à son mari, « que pour conserver ses droits personnels, pourquoi n'y « pourrait-elle pas renoncer ensuite du consentement de « son mari (1). » Et Pothier exprime la même idée : « Le « retour au contrat de mariage étant favorable ..., il est au « pouvoir des parties de se départir par un consentement « mutuel de cette séparation judiciaire et de rétablir leur « communauté en remettant leurs biens ensemble (2). »

Aussi est-ce une opinion admise par tous les auteurs. que la permission de tel retour : Choppin, Charondas, Tronçon, Ricard, Lebrun, Duplessis, Ferrière, Laurière, Auzanet, Valin, Pothier que nous citerons, sont formels sur ce point. Seul Bourjon tient le contraire (3). Des Coutumes prévoient expressément la possibilité de pareil

(1) VALIN, *Commentaire sur Coutume de La Rochelle*, art. 48, n° 40, t. II, p. 697.

(2) *Communauté*, n° 523.

(3) *Droit commun*, V° partie, ch. III, sect. I, dist. 3.

retour. « Jusqu'à ce qu'ils rassemblent iceux biens en commun », disait la Coutume d'Anjou (art. 145), ce que répétaient celle du Maine (art. 160) et la deuxième Coutume d'Orléans (art. 199).

Voyons maintenant les conditions de rétablissement ; nous verrons la nécessité du consentement mutuel, puis certaines formalités requises, variant selon que l'on se trouvait en présence d'une séparation de biens principale ou seulement accessoire.

A. — Nécessité du consentement mutuel.

La nécessité du consentement mutuel est affirmée par Pothier : « Pour le rétablissement d'une communauté qui a été dissoute par une sentence de séparation, il faut le consentement mutuel du mari et de la femme (1). »

La jurisprudence se montra conforme, par trois arrêts du Parlement de Paris des 4 septembre 1721, 6 août 1728 et 3 mars 1752 (2), et un du Parlement de Rouen (3) qui ont jugé des femmes non recevables à se désister de sentences de séparations soit d'habitation, soit de biens, qu'elles avaient obtenues.

B. — Formalités du retour à communauté.

Quant aux formes du rétablissement, les auteurs discutaient fort. Pour plus de clarté, nous distinguerons les deux sortes de séparations.

(1) *Communauté*, n° 526.

(2) DENISART, V° *Séparation de biens*, n°s 6 et suiv. ; édit. 1775, t. II, p. 501.

(3) MERLIN, *Répertoire de jurisprudence*, t. XXX, p. 391.

a) *Séparation de biens principale.*

Deux grandes théories étaient en présence sur les formalités nécessaires pour le rétablissement de la communauté après de telles séparations.

La première exigeait pour la validité du rétablissement un acte notarié avec quelque publicité, Argou exige « un acte précis et formel dont il reste minute, sans quoi, bien que la femme, après la séparation exécutée ait laissé l'administration de ses biens à son époux, on ne présumerait pas le rétablissement de la communauté, on supposerait seulement que le mari aurait agi comme procureur de sa femme » (1).

Même exigence de la part de Renusson (2) et de Pothier (3).

Et Brodeau après avoir dit « que la communauté ayant été dissolue (*sic*) par un acte parfait, solennel et légitime, elle ne pouvait être réintégrée, ni renouvée que par un nouveau et mutuel consentement, presté par acte formel et précis », rapporte des arrêts conformes des 12 février 1621 et 30 may 1623 (4).

La seconde opinion plus libérale se basait sur le texte de l'article 198 de la Coutume d'Orléans (5) pour repous-

(1) *Institut. au droit français*, t. II, liv. III, chap. XXX.

(2) *Communauté*, 1^{re} partie, chap. IX, n° 62, p. 197. — Il faut qu'il y en ait un acte passé devant notaires et que l'acte soit homologué devant le même juge qui avait ordonné la séparation de biens.

(3) *Communauté*, n° 525. — Quand même il serait établi que depuis la séparation de biens, l'homme et la femme, auraient fait en commun l'acquisition de quelque héritage, ce ne serait pas une preuve suffisante qu'ils eussent voulu rétablir la communauté, car ils ont pu faire cette acquisition en commun, comme l'auraient pu faire deux étrangers qui n'auraient pas d'ailleurs de communauté entre eux.

(4) Sur LOUET, let. S, som. XVI, n°s 11 et 12.

(5) Art. 199 : « Si après la séparation de biens d'entre homme et

ser l'exigence de l'acte notarié. C'est l'opinion de Ferrière :
 « Si le mary faisait des acquisitions, en son nom et en ce-
 « lui de la femme et qu'ils fissent des autres actes par les-
 « quels il parût que la femme eût bien voulu se répartir
 « de l'avantage de la séparation, et le mary remette sa
 « femme en la communauté, car un tacite consentement est
 « suffisant quand il s'agit, de rétablir les choses dans l'état
 « qu'elles étaient (1). » Mais l'interprétation littérale de
 l'article 199 de la Coutume d'Orléans était ordinairement
 repoussée, on admettait que si cette Coutume décidait
 bien que la séparation cessait par la réunion des biens des
 époux, elle ne tranchait pas le point de savoir comment
 on justifierait de cette réunion et ne disait pas qu'il ne
 fallait pas d'acte public (2).

Enfin, quelques auteurs faisaient une distinction selon
 que les époux avaient ou non demeuré ensemble après le
 jugement de séparation de biens. Valin distingue (3) : « Si
 « les conjoints, après l'exécution de la sentence, avaient
 « eu demeure séparée et qu'ensuite ils demeurassent en-
 « semble avec mélange et confusion, c'était assez pour
 « rétablir communauté. Mais s'ils avaient eu demeure
 « commune, il faudrait un acte public, sinon présomption
 « que le mari n'était qu'administrateur comme tout mari
 « non commun. » Mais d'après lui cet acte n'avait pas
 besoin d'être enregistré au greffe, il suffisait qu'il fût
 publié et restât en minute chez le notaire. Et Lebrun
 semble bien aussi faire la même distinction : « Si les

femme conjoints par mariage, lesdits conjoints se rassemblent et
 mettent leurs biens ensemble, cessera l'effet de ladite séparation. »

(1) *Corps et Comp.*, sur *Coutume de Paris*, art. 224, n° 44.

(2) BRODEAU sur LOUET, lettre S, som. XVI, n° 12.

(3) Sur *Coutume de La Rochelle*, art. 48, § I, n° 33, t. II, p. 699.

« époux séparés ont toujours demeuré ensemble, alors il
 « faut un acte qui doit être fait au greffe de la juridiction
 « ou la sentence de séparation a été rendue ou un acte par
 « devant notaire enregistré au même greffe (1). »

b) *Séparation de biens accessoire.*

Quant à la séparation de biens accessoire de la séparation de corps, elle pouvait aussi disparaître, si cette dernière cessait. Il importait en effet à la solidité de la réconciliation que tout souvenir de la séparation des époux fût effacé ; la séparation de biens en était un. De plus ici ce n'étaient point des considérations de défiance contre la capacité du mari à gérer les intérêts de la femme, qui avaient amené la séparation, donc aucune raison ne s'opposait au rétablissement du régime antérieur.

Aussi la plupart des auteurs se montraient plus favorables au retour pour ce cas. Argou dit qu'en ce cas il n'est pas besoin d'acte, il suffit de la réunion avec mélange de biens (2).

Toutefois la simple réunion n'était pas suffisante : Pothier le pensait. « Ce retour de la femme en la maison de
 « son mari, en détruisant la séparation d'habitation, détruit la séparation de biens, qui est comme un accessoire » (3). Mais tous les autres auteurs exigeaient en plus, le mélange des biens des époux. Valin répondait à ceux qui n'exigeaient que la réunion « Que lorsque la femme
 « retourne avec son mary sans lui confier la direction de
 « ses biens meubles et immeubles, elle ne fait que mettre
 « fin à la séparation de corps, et cela, sans doute, par

(1) *Communauté*, liv. III, chap. I, n° 18.

(2) *Institutions de droit français*, t. II, liv. III, ch. XXX.

(3) *Communauté*, n° 524

« principe de religion et raison de conscience. Qu'il est
 « bien évident qu'alors on n'entend pas déroger à la sépa-
 « ration de biens, que rien n'empêche celle-ci de subsister
 « après la révocation de l'autre, puisqu'après son exécu-
 « tion, son effet est absolument indépendant de toute
 « réconciliation. On ajoutait qu'il serait dangereux qu'il
 « en fût autrement. Attendu que l'intérêt que les parties
 « pouvaient avoir à ne pas renouer la communauté serait
 « peut-être un obstacle invincible à leur réunion (1). »

Et cette réunion de biens ne devait pas se manifester
 par des actes isolés. Un arrêt du mois de mars 1548 a jugé
 que la simple acquisition en commun était insuffisante.
 « La communauté dissolue par la séparation de biens faite
 « et exécutée par autorité de justice, on ne peut dire qu'elle
 « soit reconciliée, si de nouveau elle n'est contractée par
 « le mutuel consentement des mariez, tellement que s'ils
 « font depuis, quelques acquets, ils seront reputez l'avoir
 « plutost faict comme deux personnes privées acheptans
 « ensemble pour l'acquérir séparément et par moitié (2). »

Renusson admet, même pour le cas de rétablissement
 de communauté après séparation de biens accessoire, la
 nécessité de passer un acte. « Le plus expédient et le plus
 sûr serait que les conjoints passassent un acte (3). »

Cet usage de l'acte notarié, même au cas de retour après
 telle séparation, semble résulter d'un de ces actes que nous
 avons rencontré et qui est daté du xvi^e siècle. Il fut passé

(1) VALIN, *Comment. sur Coutume de La Rochelle*, art. 48, § I, n^o 112, p. 658. Cette dernière idée est exprimée par Pothier qui, admettant le rétablissement par la seule réunion, exigeait que la femme le repousse par un acte notarié (V. *Communauté*, n^o 524).

(2) CHARONDAS, *Réponses*, liv. V, rép. III, p. 150.

(3) *Communauté*, 1^{re} partie, chap. IX, n^o 63, p. 197.

le 10 septembre 1543 entre deux époux qui « se réunirent et mirent ensemble pour vivre en commun en tous et chacuns les biens qu'ils avaient pour lors et pourroient avoir cy après, comme ils faisoient auparavant la dite séparation » (1).

C. — Rétablissement intégral du régime antérieur.

Cette faculté de retour au régime antérieur aurait pu constituer un moyen frauduleux de modifier les conventions matrimoniales si l'on n'avait proscrit toutes clauses modificatives du contrat primitif dans la convention de retour à la communauté. Pothier (2) cite à titre d'exemples de ces modifications « la clause que les héritages
« acquis depuis la sentence de séparation par l'un ou l'autre des conjoints lui demeureront propres et n'entreront
« pas dans la communauté rétablie ou bien en convenant
« que chacun des conjoints sera seul tenu des dettes par
« lui contractées depuis la sentence de séparation ». Mais toutes autres modifications auraient pu être imaginées et toutes auraient été déclarées nulles comme celles citées par Pothier. Ainsi le déclarait Lebrun (3). Et Ferrière pensant de même (4), voulait que les acquêts faits *medio tempore* entre une séparation de biens exécutée et une transaction de retour à communauté, postérieure de dix-sept ans, soient partagés par moitié bien que la transaction portât qu'ils devaient rester au mari. Seul Valin prétend qu'il serait possible aux époux d'exclure de la communauté de

(1) Voir cet acte aux *Pièces justificatives*, pièce n° 2.

(2) *Communauté*, n° 529.

(3) *Communauté*, liv. III, chap. I, n° 24.

(4) *C. et Comp. sur Coutume de Paris*, art. 223, glose 2, nos 41 et 42.

tels acquêts. « Puisque la réunion doit avoir lieu par leur consentement, leur interdire pareille exclusion serait les détourner en bien des occasions du dessein qu'ils auraient de se remettre ensemble ». Sans doute cette grave objection est à considérer, mais outre que sa portée la restreignait au rétablissement après séparation de biens accessoire, elle aurait dû logiquement faire permettre toutes modifications dans la convention de retour, ce qui aurait été source de bien des fraudes.

Il vaut mieux s'en tenir à la doctrine plus généralement admise que formulait Renusson: « Et pour lors, « l'ancienne communauté sera rétablie aux mêmes conditions, les conjoints ne pourraient pas y stipuler d'autres « conditions parce qu'il n'est pas permis aux conjoints « depuis leur mariage de changer ou augmenter les conditions, pactes et conventions faits entre eux lorsqu'ils se sont mariés (1). »

Pouvait-on mieux rappeler le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, véritable base de cette prohibition de clauses modificatives ?

Comme le dit Pothier, il ne peut pas y avoir deux communautés, « l'une qui ait duré jusqu'à la sentence de séparation de biens, et l'autre qui ait commencé lors du rétablissement » (2).

Et de cette règle Pothier conclut aussitôt. « Il n'y a entre les « conjoints que la seule communauté qui a commencé lors « de leur mariage et qui a duré jusqu'à sa parfaite dissolution par la mort de l'une des parties, dans laquelle communauté entrent toutes les choses que chacun des conjoints a acquises, et toutes les dettes qu'il a légitimement

1) *Communauté*, 1^{re} partie, chap. IX, n° 62, p. 197.

(2) *Communauté*, n° 529.

« contractées, en quelque temps que ce soit, même depuis
« la sentence de séparation qui, n'ayant pas duré jusqu'à
« la fin du mariage, a été sans effet et n'a pas dissous la
« communauté » (1).

Cette fin du texte de Pothier, qui paraphrase l'article 199 de la Coutume d'Orléans, établit ce qu'on appelle l'effet, rétroactif du rétablissement du régime primitif. Par là on voulait effacer le plus possible le souvenir du régime qui avait momentanément réglé les rapports pécuniaires des époux. On le réputait n'avoir jamais existé. Comme conséquence de cette idée, on admit d'abord que les acquêts faits *medio tempore* seraient communs. Toutefois cette solution fut contestée par Duplessis (2), qui craignait l'avantage indirect, « le rétablissement de la communauté
« pouvant être considérable comme avantage, si depuis la
« séparation de biens, l'époux a reçu une succession mobilière importante ». Mais l'opinion générale était en faveur de la rétroactivité sur ce point. Choppin nous rapporte que la Cour de Parlement a jugé que « la communauté
« de biens n'était pas interrompue par ce refroidissement
« d'entre mari et femme, par arrêt du 10 février 1601, donné
« en la V^e Chambre des enquêtes. » (3) Et la même rétroactivité est admise par Lebrun (4), Auzanet (5), Lamouignon (6), Valin (7), Bobé (8).

(1) *Loc. cit.*

(2) *Communauté*, liv. II, ch. II, p. 435.

(3) CHOPPIN, *Commentaire sur Coutume de Paris*, liv. II, tit. I, n° 22, p. 438.

(4) *Communauté*, liv. III, ch. I, nos 46 et 47.

(5) *Commentaire sur Coutume de Paris*, art. 234.

(6) *Arrêtés*, tit. XXXII, art. 89.

(7) *Commentaire sur Coutume de La Rochelle*, art. 48, t. I, n° 46.

(8) *Commentaire sur Coutume de Meaux*, art. 56, p. 423.

En conséquence aussi de la rétroactivité, les dettes légitimement faites entrent en communauté (1), pourvu, pour celles de la femme, qu'elles soient de la nature de celles qu'elle avait pouvoir de contracter (2).

Au principe de la rétroactivité du rétablissement du contrat primitif, deux restrictions étaient apportées fort justement. L'article 199 de la Coutume d'Orléans terminait : « Demeurant bon et valable ce qui a été contracté « durant la séparation ». Cela ne visait pas tout ce qui avait été contracté durant la séparation mais les actes accomplis par la femme, dans les limites de sa capacité sous le régime intérimaire. Ils restaient valables car il n'aurait pas été juste qu'on portât atteinte à ces actes qui avaient été faits valablement, « la sentence de séparation ayant « donné à la femme le droit de les faire sans être autorisée » (3).

De plus, il était admis que l'on devait respecter les droits régulièrement acquis aux tiers, du chef du mari durant la séparation.

Lebrun (4) et Pothier (5) s'accordaient et citaient le cas d'un tiers constituant de dot, qui aurait stipulé le retour de la dot lors de la dissolution de la communauté. La dot lui étant retournée lors de la séparation de biens, le rétablissement postérieur de la communauté ne l'aurait pas obligé à reverser la somme, à la répétition de laquelle il avait eu droit acquis par suite de la dissolution de la communauté.

(1) LEBRUN, *Communauté*, liv. III, ch. I, n° 49 ; POTHIER, *Communauté*, n° 527.

(2) VALIN, *Commentaire sur Coutume de La Rochelle*, art. 48, § I, n° 49.

(3) POTHIER, *Communauté*, n° 528.

(4) *Communauté*, liv. III, ch. I, n° 27.

(5) *Communauté*, n° 529.

Mais à part ces exceptions, c'étaient pleinement les conventions matrimoniales originaires qui revivaient. Valin remarque que c'est si bien l'ancienne communauté que les époux ne peuvent la rompre volontairement et que la femme garde son droit de renoncer (1). D'autre part Houard pense que la réconciliation rendait à l'époux contre lequel la séparation avait été prononcée les avantages dont elle l'avait privée (2).

Nous avons ainsi terminé l'étude des exceptions principales, admises par l'ancien droit à la règle de l'immutabilité, on a pu voir avec quel soin elles ont été restreintes le plus possible.

(1) *Commentaire sur La Rochelle*, art. 48, § 1, n° 46.

(2) HOUARD, V° *Femme*, sect. I, p. 277, cité dans DALLOZ, *Répertoire de Législation*, V° *Séparat. de corps*, n° 411.

CONCLUSION

Nous voici arrivé au terme de cette étude. Nous pensons avoir suffisamment établi les caractères de l'Immutabilité des conventions matrimoniales en droit coutumier, pour conclure que, dès la fin de l'ancien droit, c'était un principe pleinement admis, amplement développé et dont les conséquences avaient pénétré tout le statut matrimonial.

Le droit intermédiaire n'a rien ajouté à notre règle, ni à ses conséquences. Aucune des lois de cette époque ne vise l'immutabilité directement. Ce sera seulement lors de la rédaction du projet du Code civil, que les jurisconsultes chargés de ce travail, feront une mention expresse de la règle de l'immutabilité et de quelques-unes de ses conséquences. L'article 3 du chapitre I^{er} du titre *Du Contrat de mariage et des droits respectifs des époux* porte : « Elles (les conventions matrimoniales) ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage (1). » L'article 2 du même titre dans le même projet, décide que : « Toutes conventions matrimoniales doivent être rédigées par acte authentique et devant notaire (2). » C'était poser la règle de l'authenticité que nous avons vue. Mais comme le fit remarquer le Tribunat lors de la communication officieuse, il y avait là une redondance ; aussi « authentique » disparut. Au contraire, l'article était muet quant à l'époque des conventions matrimoniales.

(1) FENET, *Travaux préparatoires*, t. VIII, p. 546.

(2) *Ibid.*

Aussi « M. Fourcroy demande si l'on peut faire des conventions matrimoniales après le mariage, M. Tronchet « répond que non ». Sur la remarque de Regnault (de Saint-Jean d'Angely), qu'il est nécessaire de s'en expliquer, on propose d'ajouter à la rédaction : « avant le mariage », ce qui fut adopté lors du vote sur la nouvelle rédaction ; cet article se présente avec le n° 7, le 4 brumaire an XII (1). Telle est l'origine législative des textes principaux actuels de l'immutabilité.

Pour les justifier devant le Corps législatif, voyons les arguments des orateurs. Siméon, orateur du Tribunat, déclare : « Les conventions matrimoniales devront être reçues par des notaires, antérieurement au contrat de mariage ; l'usage conservé dans quelques contrées de les rédiger sous seings privés est abrogé. Si l'on prive les familles de l'avantage d'épargner des frais d'enregistrement, auxquels le fisc avait pourtant autant de droits que sur les autres actes dont la foi publique a la sauvegarde, elles en sont bien dédommagées par le nombre des fraudes que l'on prévoit. Le même motif de leur sûreté réciproque, de celle de leurs parents et des tiers, écarte tous changements, dérogations ou contre-lettres aux conventions matrimoniales. On ne pourra y toucher qu'avant la célébration du mariage et avec le consentement de toutes les parties (2). » Berlier, conseiller d'Etat et orateur du gouvernement, après avoir exposé les deux dispositions ci-dessus ajoute : « Ces dispositions communes aux deux régimes que nous venons « d'examiner ont eu pour objet d'empêcher dans l'un et « dans l'autre cas des fraudes envers les tiers, telles que

(1) FENET, *Travaux préparatoires*, t. XIII, p. 576.

(2) LOCRÉ, *Législation civ. comm. et crim. de la France*, t. XIII, p. 453.

« celles dont le passé n'a offert que trop d'exemples (1). »

Comme on peut le remarquer, c'est surtout l'intérêt des tiers que les auteurs du Code prennent en considération, pour justifier la règle de l'immutabilité. Or nous savons combien il avait pris peu de place dans l'établissement de la règle. Ce motif était invoqué tout d'abord, à cause du développement qu'avait pris à la fin de l'ancien droit la sauvegarde des intérêts des tiers, ensuite parce que les anciens motifs n'étaient plus à considérer. Parler du rapport étroit des conventions matrimoniales avec le mariage indissoluble n'était plus de circonstance avec les idées nouvelles et la facilité du divorce du droit intermédiaire ! De même on ne pouvait plus invoquer la prohibition des donations entre époux. La loi du 17 nivôse an II (6 janvier 1794) était venue ouvrir « une carrière de bienfaisance sans bornes, même pendant le mariage, aux époux qui n'ont pas d'enfants » (2) en leur permettant largement les donations de l'un à l'autre.

Mais revenons à notre principe tel que nous le connaissons aux derniers jours de l'ancien droit. Nous avons dit, dans notre introduction, en citant le texte des *Arrêtés* de Lamoignon que chaque proposition en avait été pesée, et l'on peut se rendre compte par notre étude qu'il n'est pas une phrase des *Arrêtés* qu'il ne nous ait fallu développer pour exposer les règles de l'immutabilité, et d'autre part que les *Arrêtés* avaient tout prévu. Ce texte était donc bien synthétique.

Et si maintenant, avant de quitter définitivement

(1) LOCRÉ, t. XIII, p. 276.

(2) VERMEIL (auteur de la loi), *Code des successions*, cité par Sirey, 1841.I.305.

l'étude de la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, nous jetons un regard d'ensemble, sur sa portée actuelle et ses applications, nous apercevons quelques nouveaux développements, que la doctrine ancienne n'avait pas vus ou qui sont nés des réglementations nouvelles du Code civil ou des lois postérieures.

D'abord, par suite de l'unification de la législation, les changements de régime en cours de mariage peuvent être plus nombreux, le régime dotal s'ajoutant aux trois régimes que nous avons vus, seuls usités dans les pays coutumiers. Tous ces changements sont nuls.

D'autre part, le Code a appliqué plus rigoureusement l'immutabilité en exigeant la rédaction du contrat avant le mariage (art. 1394) et par acte notarié (même article), en édictant que la communauté soit légale, soit conventionnelle, commencera du jour du mariage, sans que l'on puisse stipuler une autre origine (art. 1399), enfin en stipulant expressément pour le cas de retour à communauté après séparation de biens que « toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement, est nulle » (art. 1451, al. 4), en ne laissant plus que la survenance d'enfants comme cause de révocation des donations du contrat de mariage (art. 960).

L'immutabilité s'est donc développée avec le Code civil en ce sens que des points douteux ont été fixés et qu'elle s'est étendue à des conséquences nouvelles.

Quant aux motifs, nous avons dit que ceux qui ont été créateurs de la règle ont disparu. Aussi l'immutabilité subit-elle de rudes assauts, et peut-être son avenir sera-t-il beaucoup moins long que son passé ? Il est bien permis de le craindre, en lisant une condamnation telle que celle

sur laquelle nous voulons finir. « La règle de l'article 1395 ne vaut d'être maintenue que comme sauvegarde de l'intérêt des tiers. Or, comme il est facile de les protéger contre les fraudes des époux, nous n'hésitons pas à affirmer que, dans l'état actuel de nos mœurs, il serait souhaitable de voir disparaître du Code civil, le principe de l'immutabilité » (1).

(1) L. GUÉRIN, *De l'immutabilité des conventions matrimoniales*, p. 224.

PIÈCES JUSTIFICATIVES

I. — Augmentation du douaire de Marguerite de Provence par Saint Louis en juin 1260.

(TEULET, *Layette du Trésor des Chartes*, t. III, n° 4617, p. 535.
— Bibliothèque Nationale, J. 408, Mariage, I, n° 2-1.
Traduction française du XIII^e siècle.)

Au nom de Sainte et non devisée Trinité. Amen. — Loïs, par la Grâce de Dieu, rois de France. Nous fasons à savoir à touz, qui présent sont et qui à venir sont, que comme nous eussions jadis donné otroié en douaire à nostre très chière fame, Marguerite, reine de France, quant nous la preimes à fame, la cité dou Mans, oveques ses appartenances si comme la reine Bérengère la tenoit, quant elle trespassa de cest siècle et le Chastel de Moretaingne e Mauves si comme la contesse dou Perche les tenoit ou tens que ele trespassa, sans les fiez et les aumosnes qui i estoient, et après ce, nous eussions donné et assigné pour partie de terre à nostre très chier frère et nostre fecil Charles, conte de Prouvence et a ses hoirs, la devant dite cité dou Mans oveques ses appartenances et oveques aucunes autres choses et pour ce, nous eussions ordonné que la devant dite reine Marguerite eust en lieu dou devant dit douaire la cité d'Orléans e chastiau Neuf e Checi e Neuville, si comme la reine Ysembors les avait jadis en doaire, sans e exceptez Clari e les autres dons e les prez e les aumosnes qui avoient été

fêtes ileques jusques à doncques, se icele reine vousist avoir à gré cest échange, à la parfin nous vousimes fère à la devant dite reine Marguerite pour ses desertes greigneur grâce e assigner lui ailleurs son devant dit doaire en lieux plus prochains et plous profitables et porvooir par ce a la pes et au repos de sa vie. Si li muames et eschamjames de la bonne volonté et de l'assentement exprès de nostres fil Phelipe, Ainzné de noz filz qui ores vivent, le devant dît doaire et assignâmes a icele reine Marguerite expressément en doaire au lieu des devant dites choses. Corbeil o les appartenances, Poissy o les blez et o les autres appartenances, Meulent o les appartenances, Vernou e les bois et o ses autres appartenances, Pontoise o les appartenances, Asnières o le Parc et les autres appartenances, Estampes o les appartenances, Dordan o les bois et o ses autres appartenances, la Ferté Acles o les appartenances sans les fiez et les aumosnes qui ont été otroié a qui que ce soit, jusques à ores en toutes les devant dites choses. E retenons à nous tant comme nous vivrons, pleinière et franche poesté de donner à églises et a persones a queles que nous voudrons et tant comme nous voudrons e d'otroier franchement e de confermer a nostre volonté les dons, les ventes e les autres alienations si aucunes en sont fètes. E que ce soit ferm et estable à toujours, nous avons fet garnir ceste presente page de l'auctorité de nostre seel et don signe de nostre roïal nom qui est desouz noté. Ce fut fet à Paris en l'an de l'incarnation Nostre-Seigneur mil deus cenx et sexante ou mois de juing ou trentisme et quart an de nostre roïaume. Ceux presenz en notre palès des quiens les noms et les seinz sont dessouz mis. Nul seneschal... S. le Seigneur Jean-le-Bouteiller, S. le Seigneur Anfois le Chamberier ; le S. Gile, le Connoistable. Ce fut donné qu'il ni avoit nul chancelier.

II. — **Acte notarié constatant un retour à communauté
après séparation de biens.**

*Registres de la pratique de déffunct M^e Cathrain Fardeau,
vivant. Notaire au Châtelet de Paris (Acte du 10 septem-
bre 1543).*

Dans ERNEST COYECQUE, *Récueil d'actes notariés relatifs à
l'histoire de Paris et de ses environs au XVI^e siècle*,
n^o 2715.

Nicolas Cointry, orfèvre, bourgeois de Paris demurant
à Saint-Marcel, sur le Pont-aux-Tripes et sa femme Marie
Nepveu, « déclairent que par cy devant, ils ont esté sépa-
« réz de biens à la suscitation des beaulx frères et sœurs
« de ladite Marie Nepveu... et lesquelz depuis, par réconci-
« liation faicte entre eulx, dès unze ou douze ans a ou envi-
« ron se réunirent et misrent ensemble pour vivre, en
« commun en tous et chacuns les biens qu'ils avoient pour
« lors et pourroient avoir cy-après, comme ilz faisoient
« auparavant ladite séparation dont ilz dient en avoir
« passé lectres pardevant deux notaires du Chastellet de
« Paris, depuis lequel temps ils ont toujours vescu comme
« encore ilz vivent de présent en commun et par indivis,
« et promectent par ces présentes de vivre doresenavant,
« aussi en commung et par indivis, comme auparavant
« ladite séparation, nonobstant icelle, et de ce, ont les-
« ditz maricz requis lectres. »

BIBLIOGRAPHIE (1).

I. — Epoque franque.

- Walter.** — *Corpus juris germanici antiqui*. Berlin, 1824.
Baluze. — *Capitularia regum francorum*. Paris, 1780.
Boretius. — *Capitularia regum francorum* dans *Monumenta Germaniae historica*. Hanovre, 1883.
E. de Rozière. — *Recueil général de formules usitées dans l'Empire franc du V^e au X^e siècle*. Paris, 1859-1871.
Zeumer. — *Formulae merovingici et Karolini aevi*, dans *Monumenta Germaniae historica*. Hanovre, 1886.
Bernard et Bruel. — *Cartulaire de l'Abbaye de Cluny*, dans *Documents inédits sur l'Histoire de France*. 6 vol., Paris, 1876-1903.

II. — Epoque médiévale.

A. — Textes.

- Laurière (Eus. de).** — *Ordonnances des rois de France de la III^e Race*, Paris, 1723.
COUTUME D'AMIENS, dans **Aug. Thierry**, *Recueil des monuments inédits de l'histoire du Tiers-Etat*, 1^{re} série, Nord, 1.
ETABLISSEMENTS ET COUTUMES. ASSISES ET ARRÊTS DE L'ÉCHIQUIER DE NORMANDIE au XIII^e siècle. Edition **Marnier**. Paris, 1839.
ANCIENNE COUTUME DE NORMANDIE. Edition **W. Laurence de Gruchy**. Jersey (St-Hélier), 1881.
Teulet. — *Layette du Trésor des Chartes*, dans *Inventaires et documents*. Paris, 1863-1866.

(1) Nous n'insérons pas ici tous les ouvrages touchant de loin la question que nous examinons, mais nous avons surtout voulu grouper les sources anciennes auxquelles les notes du texte ont renvoyé, en indiquer l'édition visée et faciliter, par là, les recherches toujours fort longues.

B. — *Doctrine (Coutumiers, compilations, etc.).*

ASSISES DE JÉRUSALEM, t. II, *Assises de la Cour des Bourgeois*. Edition **Beugnot**. Paris, 1843.

Beaumanoir (Ph. de). — *Coutumes de Beauvaisis*.

a) Edition avec les notes de **Th. de la Thaumassière**. Bourges, 1690.

b) Edition **Salmon**, 2 vol. in-8°, Paris, 1899-1900 (1).

COUTUMIER DE PICARDIE (Ancien). Edit. **Marnier**. Paris, 1840.

COUTUMES DES PAYS DE VERMENDOIS ET DE CEULX DE ENVYRON. Edit. **Beautemps-Beaupré**, Paris, 1838.

ETABLISSEMENTS DE SAINT-LOUIS. Edit. **Viollet** (Collect. de la Société de l'Histoire de France), 4 vol. Paris, 1881-1886.

Fontaines (Pierre de). — *Conseil à un amy*. Edit. **Marnier**, Paris, 1846.

GRAND COUTUMIER DE FRANCE de **J. d'Ableige**. — Edit. **Laboulaye et Dareste**, Paris, 1868.

LE LIVRE DES DROIZ ET COMMANDEMENTS D'OFFICES DE JUSTICE. Edit. **Beautemps-Beaupré**, Paris, 1865.

LE LIVRE DE JOSTICE ET PLET. Edit. **Rapetti**, Paris, 1850.

LA TRÈS ANCIENNE COUTUME DE BRETAGNE. Edit. **M. Planiol**, Rennes, 1896.

C. — *Jurisprudence.*

LES OLIM, dans *Docum. inéd. sur l'hist. de France*. Edit. **Beugnot**, 4 vol. Paris, 1839-1848.

..

Le Nain de Tillemont. — *Vie de Saint Louis*. Edit. **J. de Gaulle** (Collection de la Société de l'Histoire de France), Paris, 1867.

III. — *Epoque coutumière (XVI^e au XVIII^e s.).*A. — *Textes.*

Bourdot de Richebourg (Ch.). — *Nouveau coutumier général*, 4 vol. in-f°. Paris, 1724.

Duret (J.). — *Alliance des lois romaines avec le droit françois contenu aux ordonnances, arrests et coutumes*, Paris, 1600.

(1) C'est à cette dernière édition, sauf indication contraire, que nous renvoyons.

Fortin (Gilles). — *Conférence de la Coutume de Paris, avec les autres Coutumes de France*, Paris, 1693.

Isambert. — *Recueil général des anciennes lois françaises*, de l'an 420 à 1789, Paris, 1822-1827.

Coyecque (E.). — *Recueil général d'actes notariés relatifs à l'histoire de Paris et de ses environs au XVI^e siècle* (dans la collection de l'*Histoire générale de Paris*), t. I, années 1498-1543, Paris, 1905.

R. — *Doctrinae* (Commentaires, compilations, traités).

Argentré (B. d'). — *Commentarii in Consuetudines Ducatus Britanniae*. Editio tertia, Parisiis, 1621.

Argou. — *Institutions au droit français*, 2 vol. Paris, 1746.

Auzanet (Barthélemy). — *Œuvres* (Comment. sur Cout. de Paris. Observat. et Mém. sur la Jurisp.), Paris, 1708.

Bacquet (Jean). — *Œuvres*. Edit. augmentée par **Cl. de Ferrière**, Paris, 1688, t. III, *Droits de Justice*.

Basnage (Henri). — *Œuvres*, 4^e édition, Rouen, 1778.

Béraut (Josias). — *La Coustume réformée du pays de Normandie*, Rouen, 1614.

Bobé (Jean). — *Commentaire sur les coutumes générales du bailliage de Meaux, avec des notes sur celles de Paris*, Paris, 1683.

Bouhier. — *Coutumes du duché de Bourgogne*, avec observations de M., 2 vol. Dijon, 1742.

Bourjon (Franc.). — *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris, réduite en principe*, 2 vol., Paris, 1770.

Charondas le Caron (Louis). — *Œuvres*. T. 1^{er}, *Pandectes du droit français*. — *Comm. sur Cout. de Paris*. — T. II. *Responses. Questions de droit*. — Paris, 1637.

Choppin (René). — *Œuvres*. 5 tomes, T. I. *Comm. sur Cout. d'Anjou* T. III. *Comm. sur Cout. de Paris. Traité des privilèges des rustiques*, Paris, 1662.

Domat. — *Les lois civiles*. Nouvelle édition. Paris, 1767.

Duplessis. — *Traité sur la Coutume de Paris*. V^e édition, Paris, 1754.

Ferrière (Claude de). — *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris*. 2^e édition, par **C. J. de Ferrière** son fils, avec les observations du lieutenant civil **Le Camus**, Paris, 1714

Ferrière (Claude de). — *Nouveau commentaire sur la Coutume de la*

- Prévôté et Vicomté de Paris*. Nouvelle édition, par **Sauvan d'Aramon**, Paris, 1770 (1).
- Froland (Louis)**. — *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*. Paris, 1729.
- Imbert**. — *Enchiridion ou brief recueil du droit écrit gardé et observé ou abrogé en France*. Edité par **P. Guénois**. Lyon, 1665.
- Lamoignon (de)**. — *Recueil des arrêtés de M. le Premier président...* Paris, 1777.
- Le Bret**. — *Œuvres*. Paris, 1647.
- Lebrun (Denis)**. *Traité de la communauté entre mari et femme*. Paris, 1755.
- Lebrun (D.)**. — *Traité des successions, divisé en 4 livres*. Nouvelle édition, par **Sérieux**. Paris, 1775.
- Lhommeau (Pierre de)**. — *Maximes générales du droit français*, avec notes de **P. Challine**. Paris, 1665.
- Loysel**. — *Institutes coutumières*, avec les notes de **E. de Laurière**. Edit. **Dupin et Laboulaye**. Bruxelles, 1846.
- Masuer**. — *La Pratique de...*, mise en Français par **A. Fontanon**. Edit. **P. Guénois**. Paris, 1606.
- Molinæus (Carolus)**. — *Opera omnia quæ extant*. Paris, 1681.
- Pocquet de Livonnière (Claude)**. *Coutumes du pays et duché d'Anjou*, avec les notes de **Dupineau et Du Moulin**. Paris, 1725.
- Pocquet de Livonnière (Cl.)**. — *Règles du droit français*. Nouvelle édition. Paris, 1768.
- Pothier**. — *Œuvres*. Edit., **Bugnet**, 10 vol. Paris, 1861.
- Prévôt de la Janès**. — *Les principes de la jurisprudence française*. 2 vol., Paris, 1780.
- Renusson (de)**. — *Traité sur la communauté de biens entre l'homme et la femme conjoints par mariage*. Nouv. édit., Paris, 1723.
- Ricard (J. M.)**. — *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, avec les notes de **Bergier**. Riom, 1783.
- Roussilhe**. — *Traité de la dot*. Edit. **Sacaze**, Paris-Toulouse, 1856.
- Serres (Claude)**. — *Les Institutions du droit français*, Paris, 1777.
- Tronçon (Jean)**. — *Le droit français et coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, IV^e édit., Paris, 1664.
- TRAITÉ DES CONTRATS DE MARIAGE, contenant les maximes les plus approuvées, Paris, 1708.

(1) Les références aux œuvres de Ferrière sont indiquées ainsi *C. et Comp.* pour la 1^{re}, *Com. sur Paris* (S. A.) pour la 2^e.

Valin (Josué). — *Nouveau commentaire sur la Coutume de La Rochelle et du pays d'Aunis* (T. III). La Rochelle, 1756.

C. — *Jurisprudence.*

Bardet (Pierre). — *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*. Nouv. édit., par **C. N. Lalaure**. Avignon, 1773.

Bouchel (Laurent). — *La Bibliothèque ou Thrésor du droit français*. Paris, 1657.

Brillon (P. J.). — *Dictionnaire des arrêts*, 6 vol. Paris, 1727.

Brodeau. — *Recueil de plusieurs notables arrêts donnés en Cour du Parlement de Paris*, pris des Mémoires de **G. Louet**, annoté par **J. Brodeau**. Nouv. édit. par **Guy du Rousseau de Lacombe**, Paris, 1742.

Cambolas (Jean de). — *Décisions notables sur diverses questions du droit, jugées par plusieurs arrêts du Parlement de Toulouse*. V^e édit. Toulouse, 1744.

Chenu (Jean). — *Notables et singulières questions de droit*. Paris, 1620.

Corbin (Jacques). — *Décisions de droit et de pratique jugées par arrêts des Cours, conférées des illustres décisions de Messire N. Boérius*. Paris, 1611.

Corbin (Jacques). — *Plaidoyez de..., ensemble les arrêts intervenus sur iceux et autres prononcés en robes rouges*. Paris, 1610 (1).

Denisart. — *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*.

1^{re} IX^e édition, en 4 vol. Paris, 1775.

2^e Edition mise dans un nouvel ordre (8 vol. de A à Fr.). Paris, 1783-1789.

Frain (Seb.). — *Arrêts du Parlement de Bretagne, pris des Mémoires et Plaidoyers de M^e...*, 3^e édit., par **P. Hévin**, Rennes, 1684.

GAZETTE DES TRIBUNAUX. — Collection de 1775 à 1788, 2 tomes par an. Cotés de I à XXV.

Guyot. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Nouv. éd. 17 vol. Paris, 1784-1785.

JOURNAL DES AUDIENCES, par **J. du Fresne**, **F. Jamet de la Guesnière**, **N. Nupied** et **M. Du Chemin**. Arrêts de 1622 à 1717. 7 vol. in 1^o. Paris, 1757.

(1) L'exemplaire de la bibliothèque Sainte-Généviève, que nous avons consulté, porte la signature de Brodeau, et la date où il acheta le livre « *Emptia*, 16, F. 1610 ».

- JOURNAL DU PALAIS**, ou *Recueil des principales décisions de tous les Parlements et Cours souveraines de France* (T. I. Arrêts de 1660 à 1678. — T. II. Arrêts de 1679 à 1700). Paris, 1713.
- Jovet (Laurent)**. — *Bibliothèque des Arrêts de tous les Parlements de France*, Paris, 1669.
- Jovet (Laurent)**. — *Jurisprudence du Palais réduite en maximes*. Paris, 1676.
- Leprestre**. — *Arrêts*. Paris, 1674.
- Le Vest (Barnabé)**. — *CCXXXVII Arrêts célèbres et mémorables du Parlement de Paris*. Paris, 1612.
- Louet (Georges)**. — Voir **Brodeau**.
- Maynard (Géraud de)**. — *Notables et singulières questions de droit écrit jugées au Parlement de Toulouse*. Toulouse, 1775.
- Montholon**. — *Arrêts de la Cour du Parlement de Paris, prononcés en robes rouges*. Paris, 1689.
- Papon (Jean)**. — *Recueil d'Arrestz notables des Cours souveraines de France*. Lyon, 1562.
- Peleus (Julien)**. — *Œuvres*, I^{re} Partie : *Questions illustres* ; II^e Partie, *Actions forenses, singulières et remarquables*. Paris, 1631.
- Robert (Anne)**. — *Quatre livres des Arrêts et choses jugées par la Court*. Œuvre traduite en français par **M. G. M. D. G.** Paris, 1611.
- Vair (Guillaume du)**. — *Œuvres de Messire....., Evêque et Comte de Lisieux. Arrêts prononcés en robes rouges au Parlement de Provence*. Paris, 1641.

IV. — Œuvres contemporaines.

A. — Textes.

- Loché** — *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*. t. XIII. Paris, 1828.
- Fenet**. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. t. XIII. Paris, 1827.

B. — Doctrine.

a) Traités.

- Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville**. — *Traité du contrat de mariage*. 2 vol. Paris, 1897.
- Glasson**. — *Histoire du Droit et des Institutions de la France*. 8 vol. Paris, 1887-1903.
- Girard**. — *Manuel élémentaire de droit romain*, IV^e édition. Paris, 1906.

Giraud. — *Essai sur l'histoire du droit français au moyen-âge*, t. I.
Paris, 1846.

Héféle (Mgr). — *Histoire des Conciles*.

I. Traduction **Abbé Delarc**. Paris, 1869-1876.

II. Traduction nouvelle par un **Bénédictin**. Paris, 1907 (en cours de publication).

Kuntz (Henri). — « *Des origines de l'article 1393 du Code civil* », dans la *Revue générale du droit* (années 1883 et 1884).

Laferrière. — *Histoire du droit civil de Rome et du droit français* (t. II et III).

Lefebvre. — COURS DE DOCTORAT SUR L'HISTOIRE DU DROIT MATRIMONIAL FRANÇAIS.

I. *Introduction générale*. Paris, 1906.

III. *Le droit des gens mariés*. Paris, 1908.

Pellat. — *Textes sur la dot, traduits et commentés*, 2^e édit., Paris, 1853.

Planiol. — *Traité élémentaire de droit civil*, t. III. V^e édition.

Rivier. — *Précis du droit de famille romain*. Paris, 1891.

Toullier. — *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 20 vol., V^e édit. Paris, 1839.

b) Thèses.

DE L'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES en droit actuel.

Léon Guillemin. — Paris, 1885.

H. Clerget. — Paris, 1888.

Louis Henry. — Paris, 1904.

Louis Guérin. — Paris, 1906.

Galy (Charles). — *La Famille à l'Epoque mérovingienne*. Paris, 1901.

Knecht (Roger). — *Des conflits des coutumes matrimoniales de Paris et de Normandie à partir du XVI^e siècle*. Paris, 1909.

Ollier. — *De la liberté pour les futurs époux de fixer leur régime matrimonial dans l'ancien droit coutumier*. Paris, 1902.

Viltard (Georges). — *Essai d'histoire de la séparation de biens judiciaire dans l'ancien droit français*. Poitiers, 1905.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

LES ORIGINES DU PRINCIPE DE L'IMMUTABILITÉ. — SON DÉVELOPPEMENT JUSQU'A LA RÉDACTION DES COU- TUMES.

CHAPITRE PREMIER. — Discussion des origines Romaine, Gauloise et Franque . . .	6
SECTION I — <i>Le droit romain.</i>	6
§ 1. — Aucune immutabilité dans le régime de la dot . . .	8
§ 2. — La prohibition des donations entre époux . . .	15
§ 3. — Les donations <i>propter nuptias</i>	20
§ 4. — Solutions de détail paraissant inspirées de notre règle	22
SECTION II. — <i>Le droit celtique</i>	25
SECTION III. — <i>Le droit franc</i>	29
CHAPITRE II. — L'origine coutumière.	44
SECTION I. — <i>Le XIII^e siècle</i>	45
Manifestations du principe quant aux :	
§ 1. — Conventions relatives au régime des biens	47
§ 2. — Conventions relatives aux apports des époux . . .	50
§ 3. — Conventions relatives au douaire	61
SECTION II. — <i>Du XIV^e au XVI^e siècle</i>	70
Manifestations du principe quant aux :	
§ 1. — Conventions relatives au régime des biens . . .	71
§ 2. — Conventions relatives aux apports des époux . .	76
§ 3. — Conventions relatives au douaire	83

CHAPITRE III. — Les motifs de l'immutabilité.	89
SECTION I. — <i>La prohibition des donations entre époux.</i> . .	89
SECTION II. — <i>L'intérêt des tiers</i>	96
SECTION III. — <i>L'intérêt des familles</i>	97
SECTION IV. — <i>L'influence chrétienne (prépondérante).</i> . . .	102

DEUXIÈME PARTIE

ÉTUDE DE L'IMMUTABILITÉ DANS LE DROIT DES COUTUMES RÉDIGÉES.

CHAPITRE PREMIER. — Portée générale de l'immutabilité	118
PRÉLIMINAIRES. — Etat de la question dans les textes . .	118
SECTION I. — <i>Quelles modifications sont prohibées?</i>	121
§ 1. — Portée du principe selon la date des contre-lettres	121
A. — Assimilation dans l'ancien droit des modifications faites avant ou après le contrat de mariage.	123
B. — Confusion des modifications faites avant ou après la célébration du mariage (Portée de l'article 238 de la coutume de Paris restreint aux contre-lettres antérieures) . . .	126
C. — Contre-lettres faites entre le contrat et la célébration.	139
§ 2. — Portée du principe quant à la nature des contre-lettres.	145
SECTION II. — <i>Epoque des conventions matrimoniales</i>	149
SECTION III. — <i>Rédaction des conventions matrimoniales par acte authentique.</i>	158
CHAPITRE II. — Applications du principe de l'immutabilité	165
SECTION I. — <i>Prohibition des modifications à l'ensemble du régime.</i>	165
§ 1. — Prohibition des modifications par acte postérieur. .	166
ARTICLE I. — Modifications exclusives de communauté. .	167
A. — Prohibition de l'exclusion postérieure au mariage.	167

B. — Prohibition de la séparation de biens volontaire	168
ARTICLE II. — Modifications reconstitutives de communauté.	180
§ 2. — Influence de l'insertion de modalités dans le * contrat de mariage	183
ARTICLE I. — Stipulation d'un terme.	183
ARTICLE II. — Stipulation d'une condition	184
A. — Condition légale de mariage pendant l'an et jour.	184
B. — Condition conventionnelle.	188
SECTION II. — <i>Modifications aux conséquences du régime</i> . . .	191
§ 1. — Composition des patrimoines	192
§ 2. — Liquidation des droits des époux	198
SECTION III. — <i>Modifications aux donations contenues dans le contrat de mariage.</i>	202
§ 1. — Donation des époux l'un à l'autre	203
A. — Libéralités mutuelles	203
B. — Douaire	206
§ 2. — Donations faites aux époux par un tiers	209
ARTICLE I. — Donation de biens présents	209
ARTICLE II. — Clauses successorales.	215
A. — Démission de biens	215
B. — Institution contractuelle	216
C. — Promesse d'égalité.	219
CHAPITRE III. — Rapports de l'immutabilité avec les règles voisines.	221
SECTION I. — — <i>Les contrats entre époux.</i>	221
§ 1. — Contrat à titre gratuit	221
§ 2. — Contrat à titre onéreux.	229
SECTION II. — <i>Changement de domicile au cours du mariage.</i> .	233
§ 1. — Doctrine et jurisprudence générales	235
§ 2. — Doctrine et jurisprudence normandes	238
APPENDICE. — Réformation d'une coutume.	239
CHAPITRE IV. — Sanction de l'immutabilité	241

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)